

DIE
WIEDEREINSETZUNG
IN DEN
VORIGEN STAND.

EIN
RÖMISCHRECHTLICHER VERSUCH
VON
DR. MICH. SPALTENSTEIN.

BERLIN
FRANZ VAHLEN.

1873.

J. rom m
4709

Spaltenstein

DIE
WIEDEREINSETZUNG
IN DEN
VORIGEN STAND.

EIN
RÖMISCHRECHTLICHER VERSUCH

VON
DR. MICH. SPALTENSTEIN.

BERLIN
FRANZ VAHLEN.

1873.

Wie diese Abhandlung in fachgelehrten Kreisen aufgenommen werden wird, vermag Verfasser nicht zu ahnen, bewusst ist er sich aber mit regem Fleisse und wissenschaftlichem Ernste die Sache unternommen und durchgeführt zu haben, und dieser Thätigkeit wird die Kritik ihre Anerkennung nicht versagen. — So gehe denn dieser Versuch in Druck, werde angefochten, vielleicht auch gebilligt.

Strassburg im Elsass, im August 1872.

M. Spaltenstein.

I. EINLEITUNG UND KURZE UEBERSICHT DER BISHERIGEN LITERATUR.

§. 1.

Schon seit den Zeiten der Glossatoren ist über das Wesen der *in integrum restitutio* und ihre Beziehungen vornehmlich zu den ordentlichen Rechtsmitteln der *actio doli* und *quod metus causa* gestritten worden¹⁾. Die meisten Schriftsteller vermengten hierbei die beiden auf ganz verschiedenen Grundlagen beruhenden Rechtsmittel. Dies hat bis in die neueste Zeit gedauert, bis auf Burchardi's ausgezeichnetes Werk: „die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Göttingen 1831“, und noch darüber hinaus. Das beste Werk unter den frühern ist Dompierre de Jonquières, *Specimen de Restitutionibus in Integrum*, Lugd. Batav, 1767²⁾. Am Meisten hat sich immerhin Burchardi um diese Materie verdient gemacht und auf sein Werk konnten sich die Nachfolger stützen. So v. Schröter in „Zeitschrift für Civilrecht und Prozess“ VI. Bd., Savigny im 7. Bande seines „Systems“, Steinberger im „Rechtslexikon“ Bd. IX S. 289 ff. Die Arbeit Savigny's ist ein Muster wissenschaftlicher Darstellung und bleibt wesentlich das Neueste in dieser Sache; denn die nachfolgenden Schriftsteller, vorzugsweise in den Systemen des Röm.

¹⁾ Vgl. Schliemann, die Lehre vom Zwange, Rostock 1861, S. 185 ff.

²⁾ A. A. Burch. S. 37, dessen Urtheil aber nicht massgebend ist, da er das Werk selbst nicht zur Hand gehabt, und Francke S. 65. Dagegen Schliemann S. 195.

Rechts, haben sich mehr oder weniger nur nach ihm gerichtet. Die *in integrum restitutio* nach einer bestimmten Seite hin behandelnden Arbeiten sind die Abhandlungen von Francke, Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien, Göttingen 1828 Nr. 3, Ruhstrat in Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, Neue Folge, Bd. IV und Fritz in derselben Zeitschrift, N. F. Bd. XVII. Daneben darf nicht unerwähnt bleiben das Werk von Schneider, die allgemein subsidiären Klagen des Röm. Rechts, Rostock 1834³⁾ und das schon citirte Werk von Schliemann¹⁾⁴⁾. *Ex professo* haben sich nur sehr Wenige mit der *in integrum restitutio* nach Savigny beschäftigt: man betrachtete die Verhandlungen darüber als geschlossen. Der Vollständigkeit wegen unterlassen wir aber nicht, noch zwei neue französische Abhandlungen zu erwähnen nämlich; Franck Chauveau, de la Restitution des Mineurs en droit Romain etc., thèse pour le Doctorat, Paris 1869, und freilich besser aber sehr nebensächlich: Jacques Flach, Etude historique sur la durée et les effets de la Minorité etc., Paris 1870. Es sind dies Arbeiten, von denen die erste als *specimen eruditionis* ihrem Zwecke genügt haben mag; — beide aber sind der Wissenschaft von keiner Förderung gewesen.

Und doch darf man bei so bewandten Umständen nicht annehmen, dass im Gebiete dieses Rechtsmittels nunmehr Alles aufgeklärt ist. Man nehme nur die verschiedenen Lehrbücher über Römisches Recht zur Hand und man wird finden, welch' grosse Anzahl von Kontroversen in dieser Materie noch existirt. Gerade wie bei der ältern Schule (vor Burchardi) eine schärfere Trennung der *in integrum restitutio* von den ordentlichen Rechtsmitteln nicht festgehalten wurde, im Gegentheil die Begriffe derselben in einander übergingen, gerade so ist die neuere Schule in ein anderes Extrem verfallen. Nach ihr soll sich im Rö-

³⁾ Ich muss von diesem sonst als ausgezeichnet gerühmten Werke behaupten, dass es sich vielfach leider durch grosse Unverständlichkeit auszeichnet.

⁴⁾ Vgl. noch die bei Vangerow, Pandekt. I. §. 175 citirten Schriften; die daselbst als neueste angezeichnete Abhandlung von Staedtler de la restitution en droit Prétorien, Bruxelles 1861, ist mir leider nicht zugänglich gewesen.

mischen Rechte die Lehre von der *in integrum restitutio* als eine einheitlich entwickelte, ganz und gar ausgebildete und von den übrigen Rechtsmitteln streng gesonderte, von den Römischen Kaisern, Justinian und den Kompilatoren als solche erkannte darstellen. Wenn auch dieses Bestreben einerseits dazu geführt hat, der *in integr. rest.* im Systeme des Röm. Rechts den gebührenden Platz anzuweisen, die Ursache gewesen ist, dass die Vermengung derselben mit den ordentlichen Rechtsmitteln aufhörte, so hat dasselbe auch andererseits bewirkt, dass dieselbe als ein in sich abgeschlossenes auf konsequenter Auffassung des prätorischen Rechts beruhendes Rechtsinstitut angesehen wurde. Hier darf nur soviel zugegeben werden, dass ein Streben der Römischen Juristen nach diesem Ziele unverkennbar ist, dass es auch in der Römischen Jurisprudenz eine Zeit gegeben hat, wo sie dasselbe beinahe erreicht hatten, dass aber hinwiederum jedenfalls verschiedene Römische Kaiser, das Wesen der *in integr. rest.* nicht erfassend, sie über die ursprünglichen Grenzen ausdehnten. Es ging hiermit damals, wie auch heute, wenn der Gesetzgeber — und in gewisser Hinsicht war dies ja schon der Prätor, geschweige denn der Kaiser — eine die Bestimmungen des vorhandenen Rechts überragende Gewalt hat.

Verschiedene hiergegen zu erhebende Einwände weiss ich in Bezug auf die prätorische Macht zu würdigen; allein das kaiserliche Regiment war ein absolutes und zeigte sich als solches dem strengen Rechte, dem geschriebenen Gesetze gegenüber. Und so kam es, dass die Kaiser, indem sie insgesamt nur eine trübe Ahnung von der *in integr. rest.* hatten, dieselbe zugleich in Folge ihrer Subsidiarität als häufigere Aushülfe gebrauchten und die ihr bis dahin gesteckten Grenzen überschritten. Ausserdem war jene Zeit gekommen, wo es dem Richter unmöglich war, aus dem aufgehäuften Rechtstoffe die zur Beurtheilung von Rechtsfragen nöthige Einsicht zu gewinnen. In Folge des absoluten Kaiserthums sank die Thätigkeit der Juristen immer mehr und verschwand zuletzt vollständig. An deren Stelle trat eine Verwirrung in den Rechtsbegriffen in vorhin ungekannter Weise und das sog. Citirgesetz Valentinian's III. ist der Beweis hierfür. Der Kaiser, anfangs noch an Form und Tradition der Re-

publik gebunden, wurde immer unumschränkter, und wer überhaupt noch Richter sein wollte, hatte mehr nach dem Willen des Kaisers zu forschen als nach dem bestehenden Rechte zu richten. Während zur Zeit der klassischen Juristen die Praxis der Gerichte durch die Wissenschaft geleitet wurde, mag dabei auch, wie Thibaut⁵⁾ bemerkt, ein gewisses Schwanken in den Rechtsbegriffen geherrscht haben, tauchten jetzt allerorten kaiserliche Reskripte auf, die den Richter nach allen Seiten hemmten. Dieser Unfug musste seine Höhe schon längst vor Justinian erreicht haben, — und nun sollten die Kompilatoren aus all' diesen theilweise heterogenen Rechtsmaterialien ein einheitliches Gesetzbuch schaffen.

Dies war unmöglich, und demgemäss ist auch die Absicht Justinian's durchaus nicht, wie er wollte, erreicht worden. Die pompösen Vorreden Justinian's überzeugen nicht vom Gegentheil, denn sonst würden sie nicht in diesem Prunke auftreten. Man wird daher nicht annehmen dürfen, dass im *corpus iuris* sich keine Widersprüche fänden. Diese Behauptungen an den Quellen über die *in integrum restitutio* nachzuweisen, ist theilweise die Aufgabe dieser Abhandlung.

⁵⁾ Civilist. Abhandlungen Nr. XIX S. 417.

II. BEGRIFF DER WIEDEREINSETZUNG IN DEN VORIGEN STAND.

1) VORBEMERKUNG.

§. 2.

In den älteren Quellen des Römischen Rechts finden wir keine Spur von einer Definition der *in integr. rest.* Mag auch zuweilen, z. B. bei Gaius III, 84; IV, 38, 55, 57 von diesem Rechtsmittel die Rede sein, was eigentlich darunter zu verstehen sei, das wird uns nicht mitgetheilt. Der Grund hiervon scheint der zu sein, dass die meisten Schriftsteller wegen der Vielseitigkeit der *in integr. rest.* keine Veranlassung dazu hatten, dieses Institut im Zusammenhange zu behandeln, sondern es für zweckmässiger erachteten, nur die Anwendbarkeit dieses Rechtsmittels an der jedesmal passend erscheinenden Stelle zu erwähnen. Den ersten Versuch zu einer Definition finden wir bei

Paulus, R., S. I, 7 §. 1—4. §. 1: *Integri restitutio est redintegrandae rei vel causae actio*, §. 2. *Integri restitutionem Praetor tribuit ex his causis, quae per metum, dolum et status permutationem, et iustum errorem, et absentiam necessariam, et infirmitatem aetatis gesta esse dicuntur.* §. 3. *Integri restitutio plus quam semel non est decernenda, ideoque causa cognita decernitur.* §. 4. *Integri restitutio aut in rem competit aut in personam: in rem actio competit, ut res ipsa, qua de agitur, revocetur; in personam aut quadrupli poena intra annum vel simpli post annum peti potest;*

und bei einem Nicht-Juristen:

Isidori Origines V, 25: *Integri restitutio est caussae vel rei reparatio. Causa redintegratur, quae vi potestatis expleta non est. Res integratur, quae vi potestatis ablata atque extorta est.*

Dass letztere Stelle mit erster in einem historischen Zusammenhange steht, wie überhaupt Isidorus' ganzes Werk mit Paul. R. S. ist schon früher behauptet worden, und zwar mit vollem Recht¹⁾. Sie ist nur eine Umschreibung der paulinischen Worte und durchaus keine glückliche. Wir haben es demgemäss eigentlich nur mit der Stelle des Paul. zu thun.

Nach der Definition des Paul. ist die *in integr. rest.* eine *actio*, welche die Wiederherstellung einer *res* oder einer *caussa* zum Gegenstande hat. Fasst man dieses Wort als „Klage“ so entdecken wir insofern einen Widerspruch zwischen Paul. und den Juristen des *corp. iuris*, als letztere die *in integr. rest.* den *actiones* gegenüberstellen und bemüht sind, die Gebiete derselben von einander zu scheiden. Dieser Widerspruch wird um so auffallender, wenn wir den Begriff der *actio* nach L. 51 D. *de oblig. et act.* (44, 7) mit dem der *in integr. rest.* gemäss dem *corp. iuris* vergleichen. Zur Hebung dieses Widerspruchs hat man in neuerer Zeit die Ansicht aufgestellt, diese Stelle des Paul. sei korrumpirt. So Burchardi S. 43, 371, 418; Savigny a. a. O. S. 270 N. a. Allerdings ist nicht zu leugnen, dass Paul. durch die Westgothen arg verstümmelt worden ist, wenn auch nicht, wie Gaius in der westgothischen Kompilation²⁾. Die Verfasser der *lex Rom.*

¹⁾ Schneider, a. a. O. S. 144. — Vgl. Savigny, *Recht des Besitzes*, 5. Aufl. S. 419, Nr. 1.

²⁾ Die Behauptung Savigny's *R. R. im Mittelalter* Bd. 2 S. 56, betreffs der *lex Rom. Westgoth.*, „das aufgenommene Buch des Paul. gehöre gewiss in Plan und Ausführung unter die schlechten Schriften nicht nur des Verfassers, sondern der römischen Jurisprudenz überhaupt“, ist freilich geistreich, aber nichtsdestoweniger irrthümlich. Mögen sich auch verhältnissmässig wenig Stellen aus Paul. R. S. im *corp. iuris* finden, so ist daraus doch durchaus nicht auf den geringen Werth der R. S. zu schliessen. Das Gegentheil geht hervor aus l. 2 C. *Theod. de resp. prud.* (1, 4). *Consult. vet. ICTi c. 7: l. 3 in f. C. 4, 26.* Dass Paul. R. S. im *corp. iuris* weniger verwendet worden ist, als die übrigen Rechtswerke desselben, liegt in dem früher schon erkannten, aber ebenfalls nicht aufgehellten Umstande, dass die R. S. eine bedeutend weitere Verbreitung im Abendlande als im Morgenlande hatten

Visigoth. haben sicherlich nicht immer die richtige Einsicht in das R. R. gehabt, und machten sich dasselbe zweifels- ohne nöthigenfalls durch Umarbeitung verständlich. Zuge- geben, dass auch in unserer Stelle insoweit eine Umänderung vorgenommen worden ist, als die ersten Paragraphen des lit. 7 lit. I zu einem anderen Titel gesetzt worden sind, als wozu sie eigentlich gehören, dass mit §. 5 ursprünglich ein ganz neuer Titel begonnen hat, so ist es doch nicht unmög- lich eine Erklärung unserer Stelle zu finden³. — Den Be- weis aber aus derselben zu liefern, dass unter „*actio*“ ein Recht auf Restitution zu verstehen⁴), das, wenn gewisse faktische und rechtliche Voraussetzungen vorhanden seien, vom Prätor nicht versagt werden dürfe, dies scheint uns un- möglich. Denn in §. 4 ist unter demselben Worte „*actio*“ ein gewöhnliches ordentliches Rechtsmittel, eine Klage zu ver- stehen; es hätte demnach, wenn die Richtigkeit der Be- hauptung Noodt's feststände, Paul. in Einer Stelle verschie- dene Bedeutungen des Wortes *actio* aufgestellt, was wir nicht annehmen dürfen. Immerhin aber muss behauptet werden, dass sich aus Paul. R. S. — und noch weniger aus Isid. Origines — eine Definition von der *in integr. rest.* nicht herleiten lässt.

Gehen wir nunmehr zu den hauptsächlichsten übrigen Rechtsquellen. Im codex Gregorianus findet man nur sehr wenig über die *i. i. r.*; sie wird dort anerkannt *ex capite metus*, nicht ganz sicher angenommen wegen *dolus*, und für bestimmte Fälle der *minor aetas*⁵). Es würde zu gewagt sein bei der Tendenz des codex Greg. aus dieser That- sache Schlüsse für die *in integr. rest.* im Allgemeinen zu ziehen.

(Rudorff, R. Rechtsgesch. I §. 75 N. 3). Es gab schlechtere und obscurere Schriften, die aber doch von den Kompilatoren benutzt worden sind. Da- neben muss aber noch festgehalten werden, dass von allen im *corp. iuris* be- rücksichtigten Schriftstellern die Kommentare mehr benutzt worden sind als die andern Werke, was auch bei Paul. der Fall ist. — Savigny scheint übrigens diese Ansicht später aufgegeben zu haben. vgl. Syst. Bd. 7 S. 270a.

³) Vgl. unten §. 51.

⁴) So Noodt, comm. ad ff. h. l. p. m. 82, Bonjeau, traité des actions II, S. 443 N. 1. u. a. M.

⁵) L. 1 C. Greg. de his quae vi 2, 1; l. 1. 2 eod. de dolo malo (2, 2) (cf. Consult. vet. ICTi I, 3, u. I, 4.) tit. 3 u. 4 lib. 2.

Der codex Theodos. scheint nur die *in integr. rest. propt. minor. aetat.* für der Betrachtung würdig erachtet zu haben; von den übrigen *caussae* spricht er nicht, und was den *dolus* betrifft, so berücksichtigt er nur die *actio doli*⁶⁾.

Im Gaius entdecken wir auch nur wenige Fälle, wo die *in integr. rest.* Anwendung finden soll: wegen *capit. demin., error* und *minor aetas*⁷⁾.

2) WESEN DER IN INTEGRUM RESTITUTIO.

§. 3.

Das *corpus iuris civilis* handelt in den Digesten ganz allgemein von der *in integrum restitutio* im 1. Titel des 4. Buches. Es führt dort 6 verschiedene sogenannte *caussae i. i. restitutionis* auf, deren 5 in den darauf folgenden Titeln behandelt werden; einer von ihnen hat seine Stelle anderswo im *corp. iuris* gefunden. In ähnlicher Weise ist die Darstellung im Codex 2, 20 ff. Eine Definition dieses Rechtsmittels geben die Quellen nicht, es ist demgemäss unsere Aufgabe aus den verschiedenen Aeusserungen des *corpus iuris* eine solche zu abstrahiren.

In früherer Zeit fasste man vielfach dieses Rechtsmittel als „Gnade“ auf, welche Anschauung heutzutage noch nicht ganz aufgegeben ist. So noch u. A. Burchardi S. 39 ff., nach dem die *in integr. rest.* als Bewilligung einer Gnade, einer Begünstigung erscheinen soll. Diese Ansicht scheint Burchardi als unrichtig in seinem Lehrbuche des R. Rechts Bd. 2 S. 177 wieder aufgegeben zu haben. Schon in seiner „Wiedereinsetzung“ hat er den Begriff dieser „Gründe“ in so eigenthümlicher Weise aufgefasst, dass nicht viel von demselben übrig bleibt. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht soll im Folgenden nachgewiesen werden. Wäre es richtig, was Einige behaupten, dass die Stelle bei Paul. R. S. schon das Gegentheil darthäte, indem hier unter *actio* ein Recht auf Restitution zu verstehen wäre, so läge hierin schon der Gegenbeweis dafür, dass die Römer die *in integr. rest.* nicht als

⁶⁾ Cod. Theod. 2, 15 u. 16.

⁷⁾ Gaius III, 84. IV, 38, 55, 57.

Gnade betrachteten; allein dieses „*actio*“ ist anders zu erklären.

Gegen die Auffassung Burchardi's ist nun zunächst zu erinnern, dass, wäre die Gewährung des *in integr. rest.* Ausfluss der prätorischen Gnade, das ganze Rechtsinstitut ein so zweifelhaftes, von den Launen des Magistrates abhängiges wäre, dass man sich geradezu wundern müsste über die Beschränktheit der Römischen Jurisprudenz, in einer sehr grossen Masse von Rechtställen die reine Willkür des Prätors gelten zu lassen. Es hätte dann sicherlich nicht der verschiedenen Edikte bedurft, sondern wäre konsequenter gewesen, gerade wie bei der vielfach mit demselben Namen bezeichneten Begnadigung im Strafrechte, dieselbe von bestimmten Erfordernissen nicht abhängig zu machen. Diese Anschauung widerspricht aber auch vollständig unsern Quellen, welche es nur in der Form der Ertheilung nicht bei letzterer selbst auf das Ermessen des Magistrats ankommen lassen.

Niemals würde sich in diesem Falle Ulp. in L. 16 §. 5 D. de min. zu der Behauptung haben verleiten lassen, *magistratum contra suam sententiam restituere posse*. Es konnte der Prätor ganz bestimmt die Restitution nicht verweigern, wenn die durch Edikte verlangten Erfordernisse vorhanden waren. Gerade aus dem Grunde heisst es in

L. 34 §. 1 D. de min. (4, 4):

§. 1. *Minores, si in iudicem compromiserunt et tutore auctore stipulati sunt: integri restitutionem adversus talem obligationem iure desiderant.*

und namentlich L. 24 §. 2 D. eod.:

§. 2. *Scaevola noster aiebat, si quis iuvenili levitate ductus, omiserit, vel repudiaverit hereditatem, vel bonorum possessionem: siquidem omnia in integro sint, omnimodo audiendus est; si vero iam distracta hereditate et negotiis finitis, ad paratam pecuniam laboribus substituti veniat, repellendus est; multoque parcius ex hac causa heredem minoris restituendum esse.*

Es gibt aber auch keine einzige Stelle des *corpus iuris*, welche die *in integr. rest.* als Gnadenakt auffasst, alle, auch die von Burch. zum Beweise des Gegentheils aufgeführten Stellen thuen dar, dass, wenn gewisse faktische und recht-

liche Voraussetzungen vorlagen, er dieselbe nicht abschlagen durfte. Deshalb auch gegen versagte *in integr. rest.* Appellation

L. 1 C. si saep. (2, 44), und auf Grund angenommener Appellation erneuerte Restitution.

L. 38 pr. D. de min.

Und wenn es auch heisst in dem Edikte über die minores: „*uti quaeque res erit, animadvertam*“, und

L. 24 §. 5 D. eod.

Ex hoc edicto nulla propria actio vel cautio proficiscitur, totum enim pendet ex Praetoris cognitione,

so folgt daraus nur, dass, da hier, wie bei dem *metus* und *dolus*, keine *propria actio* existirt, der Prätor die faktischen Verhältnisse untersucht und bei als gerechtfertigt befundener Bitte, dieselbe gewährt. Die Auffassung der *in integr. rest.* als Gnadenakt würde aber auch ferner dem technischen Begriffe der *Praetoria causae cognitio* widersprechen.

L. 3 D. de in integr. rest.

Vollends kann sich Burchardi für seine Behauptung nicht auf die Quellenausdrücke wie *magistratus*, *Praetor subvenit*, *succurrit*, *intervenit* etc., *largitur in integr. rest.* berufen: die richtige Ansicht über diese Ausdrücke stellt Schröter a. a. O. S. 172 auf, indem dieselben „mehr oder weniger von allen Formen des prätorischen Schutzes gebraucht wurden“.

Allerdings trägt unser Rechtsmittel denselben Namen wie die strafrechtliche Begnadigung; aber aus diesem Umstande dasselbe als civilrechtliche Begnadigung gegensätzlich aufzufassen, dies wäre ebenso falsch als manche andere Rechtsmittel, bei denen dieselbe Bezeichnung angewandt wird, als prätorische *in integr. rest.* resp. civilrechtliche *in integr. rest.* zu erklären. Eines haben allerdings die prätorische Restitution und die strafrechtliche Begnadigung gemeinsam, nemlich, dass sie der Ausfluss einer höheren über dem ordentlichen Rechte stehenden Gerechtigkeit sind; unterscheiden sich aber nicht allein dadurch, dass sie verschiedenen Rechtsgebieten angehören, indem die hier zu betrachtende *in integr. rest.* prätorischen Ursprungs ist, die *in integr. rest. damnatorum* aber von dem Kaiser oder Senat

ausgeht¹⁾, sondern vorzugsweise dadurch, dass erstere an bestimmte, gesetzlich normierte Voraussetzungen gebunden ist, letztere aber nicht.

Bedenken wir dabei, dass der Begriff der *in integr. rest.*, wie wir ihn darzustellen und aufzufassen haben, ursprünglich weniger präcis erscheint und seine Fixirung erst der fortschreitenden Jurisprudenz verdankt, so wird es um so mehr klar werden, warum unser Rechtsmittel mit demselben Namen wie die Begnadigung belegt werden konnte²⁾.

Deshalb ist auch die Darstellung Burchardi's dass die *in integr. rest.* ein Gnadenakt sei, nirgendwo anerkannt worden, und erst Savigny S. 116 ff. hat wiederum versucht, diese Auffassung noch in etwa zu verwerthen. Freilich, wenn man den Begriff „Gnade“ in dem Sinne Savigny's nehmen darf, so mag die *in integr. rest.* so benannt werden, allein dies ist gegen den Sinn dieses Wortes. — Es muss demgemäss dieser Versuch Savigny's als verunglückt betrachtet werden.

§. 4.

Das Organ, durch welches die *in integr. rest.* ertheilt wird, ist der Prätor, resp. andere vom Gesetz als dazu berechtigt erklärte Beamte; dann ferner der Kaiser.

Betreffs der Definition der *in integr. rest.* folgen wir der Darstellung Vangerow's §. 175 a. E. und fassen dieselbe auf als „die auf den Grund des prätorischen Edikts durch unmittelbares Einschreiten des Magistrats herbeigeführte Wiederherstellung eines den Rechtsprinzipien nach verlorenen Rechts oder Zustands zu dem Zwecke, um das strenge Recht mit der *aequitas* auszugleichen“.

Die *in integr. rest.* beruht auf dem prätorischen Edikt¹⁾; sie tritt ein gegen die Folgen einer durch das strenge Recht herbeigeführten Verletzung in den von dem Prätor dafür bestimmten Fällen: andere *caussae in integr. restitutionis* sind nicht anzunehmen.

¹⁾ L. 1 §. 9 D. de post. (3, 1). L. 1 C. de sent. (9, 54).

²⁾ Vgl. auch Schröter a. a. O. S. 170 ff.

¹⁾ L. 1. 2. 3 D. de in integr. rest.

Ihre Grundlage ist das *ius aequum*, die allgemeine Grundlage des prätorischen Rechts. Sie unterscheidet sich von den andern auf dem prätorischen Rechte beruhenden Rechtsmitteln, dass sie nicht allgemein für alle Fälle einer bestimmten Art aufgestellt ist, sondern es dem jedesmaligen Ermessen (jedoch nicht Willkür) des Prätors anheim gegeben ist, dieselbe zu gewähren oder zu versagen. Er muss zu diesem Zwecke eine Untersuchung (*causae cognitio*) anstellen, die sich darauf zu beziehen hat, zu erfahren, ob der vorgebrachte Grund und die erfolgte Verletzung zur Aufhebung des bisherigen und Wiederherstellung des frühern Zustandes genügen. Während bei den gewöhnlichen Klagen und Einreden das prätorische Recht sich innerhalb der durch das ordentliche Recht gesteckten Grenzen bewegt, geht die *in integr. rest.* gewöhnlich gegen das ordentliche Recht, tritt da ein, wo letzteres in seinen Bestimmungen zur Unbilligkeit führt, resp. nicht ausreicht. Dies ist unten bei der Betrachtung der einzelnen Restitutionsgründe näher ins Auge zu fassen. Es zeigt allerdings die Restitution in Rücksicht auf ihren Ursprung vielfache Aehnlichkeit mit einzelnen von dem Prätor und durch's Civilrecht gewährten Klagen und Einreden, das denselben zu Grunde liegende Motiv ist oft dasselbe, z. B. bei der *actio redhibitoria* und exc. Scti. Velleiani, allein der Weg, den die Restitution einschlägt, ist ein anderer. Während derartige Rechtsmittel schon allgemein aufgestellt sind und durch ihre Durchführung das zu erreichende Resultat herbeiführen, ist es bei der *in integr. rest.* das unmittelbare Einschreiten des Prätors, welches diese Wirkung äussert.

Jede Restitution ist prätorischen Rechts, und *restitutiones civiles* gibt es nicht, denn die spätern Fortbildungen der Restitution durch Kaiserkonstitutionen hängen mit der prätorischen Restitution untrennbar zusammen und haben dieselbe Grundlage.

Die *ipso iure* eintretende Wiederherstellung des frühern Zustandes beim *postliminium* gehört demnach nicht hierhin.

Man hat für die *in integr. rest.* die Behauptung der Subsidiarität den andern Rechtsmitteln gegenüber aufgestellt, d. h. dass dieselbe nur dann eintreten soll, wenn kein

ordentliches Rechtsmittel vorhanden²⁾. Dies ist nur theilweise richtig, indem sich später zeigen wird, dass sie auch zuweilen da Platz greift, wo ordentliche Rechtsmittel existiren.

Ueber das Verhältniss der Restitution zu den ordentlichen Rechtsmitteln *actio q. m. c.* und *actio doli* soll an den betreffenden Stellen gehandelt werden.

Zu allen Zeiten hat man sich nicht mit den in L. 1. 2 D. de in integr. rest. aufgeführten *iustae caussae* begnügt, sondern deren Zahl noch zu vermehren gesucht, obschon das Wesen jener Rechtsmittel ein ganz anderes als bei der *in integr. rest.* ist. Die *rest. damnatorum* ist schon vorhin behandelt worden, sie fällt dem Strafrechte anheim und muss ausserdem aus andern vorhin aufgeführten Gründen hier ausgeschlossen werden.

§. 5.

Bis vor Kurzem wurde vielfach noch eine *in integr. rest.* aus dem *edictum aedilicium* angenommen. Die Klage aus dem aedilicischen Edikt, *actio redhibitoria*, darf schon aus dem Grunde als *in integr. rest.* nicht anerkannt werden, weil das prätorische Edikt über die *in integr. rest.* ihrer keine Erwähnung thut, und es kein aedilicisches gibt, welches sie den prätorischen *in integr. restitutiones* gleich stellt, wie wir ja überhaupt keine ädilicische Restitution in den Quellen haben. Von einem unmittelbaren Einschreiten des Aedils, wie das des Prätors bei der *in integr. rest.* war, haben wir keine Ueberlieferung, im Gegentheil ist die *actio redhibitoria* eine selbständige für bestimmte Fälle im ädilicischen Edikt allgemein aufgestellte Klage. In wie fern sie sich noch von der *in integr. rest.* unterscheidet, zeigt sich in dem Verfahren bei der letztern: während bei der *in integr. rest.*, wie später ausführlicher darzustellen, durch Dekret des Prätors der bisherige Rechtszustand rescindirt, das ursprüngliche Recht restituirt wird mit der Fiktion, dass das eben rescindirte nachtheilige Rechtsverhältniss nicht eingetreten und die zur Geltendmachung der ursprünglichen Rechte existirenden Klagen und Einreden wieder gewährt werden, ent-

²⁾ L. 16. pr. D. de min.

hält das ädilicische Edikt nichts von derartigen Bestimmungen, es gestattet „eine selbständige Klage auf ein *redhibere* und *restituere*, zu welchem der *iudex* den Beklagten zu verurtheilen hatte“¹⁾. Im Resultat gleicht denn auch die *redhib. actio* der *in integr. rest.*, aber nicht mehr als auch eine ganze Masse prätorischer und civiler ordentlicher Rechtsmittel, z. B. die *rei vindicatio*, *condictio indebiti*, der Klage beim *receptum* etc. Und eben in Rücksicht auf das bei ihr und der Restitution gleichartige Resultat konnte Ulp. in

L. 23 §. 7. D. ad. aed. ed. (21, 1) sagen:

Iulianus ait, iudicium redhibitoriae actionis utrumque, id est, venditorem et emptorem, quodammodo in integrum restituere debere.

d. h. der Erfolg der *actio redhibitoria* ist gradeso als ob die Parteien *in integr.* restituiert würden. Das Wort „*quodammodo*“ zeigt schon ganz deutlich, dass eine *in integr. rest.* im technischen Sinne nicht anzunehmen, sondern im faktischen. In derselben Weise ist L. 60 D. eod. aufzufassen.

§. 6.

Schröter S. 142 nimmt auch eine *in integr. rest.* auf Grund des SC. Velleiani an. Jedoch hat er mit dieser Behauptung kein Glück gehabt, indem sie so ziemlich nirgendswo anerkannt ist; sie ist glänzend widerlegt worden von Schneider a. a. O. S. 257 ff.

Allerdings muss zugestanden werden, dass der Gedanke bei dem SC. Velleianum eine *in integr. rest.* anzunehmen, sehr nahe lag, weil die Quellen selbst in ihrer Bezeichnung dieses Rechtsmittels auf eine solche hinzuweisen scheinen¹⁾.

¹⁾ Schröter a. a. O. S. 150.

¹⁾ L. 32 §. 5 D. de SC. Vell. (16, 1). L. 8. 16 C. ad SC. Vell. (4, 29). Mag auch die *actio* aus dem SC. *restitutoria* genannt werden, so zeigt uns eine Quellenstelle doch ganz deutlich, in welchem uneigentlichen Sinne diese Bezeichnung aufzufassen ist:

L. 8 §. 14 D. de SC. Vell.:

Si, cum essem tibi contracturus, mulier intervenerit, ut cum ipsa potius contraham: videtur intercessisse: quo casu datur in te actio, quae instituit magis, quam restituit obligationem; ut perinde obligeris eodem genere

Allein es ist hiergegen zu bemerken, dass das Verfahren bei der *in integr. rest.* ganz anders ist als bei dem SC. Velleianum, dass erstere auf *caussae cognitio Praetoria* beruhen muss, was bei der *exc. SCTi Velleiani* nicht erwähnt wird, dass die Quellen nur prätorische Restitution anerkennen, keine civilrechtliche, dass der bei dem SC. erwähnte Ausdruck *rescissoria* und *restitutoria actio* auch bei anderen Fällen als der *in integr. rest.* anerkannt²⁾ wird.

Im Einzelnen zeigt sich die Unrichtigkeit der Schröterschen Auffassung noch eklatanter. Es ist unrichtig, wenn Schröter eine Restitution des *creditor* gegen den *debitor* annimmt, nachdem der Anspruch gegen die Intercedenten weggefallen; denn es sagt L. 12 D. de min. ausdrücklich, dass die Klage gegen den *debitor* auf dem *ius commune* beruhet, welches in vielen Stellen der *in integr. rest.* entgegengesetzt wird³⁾. — Wenn das Rechtsmittel aus dem SC. gegen den *debitor* als *perpetua*, der Anspruch auf *in integr. rest.* als *annalis* von Schneider entgegengesetzt werden, und er daraus den Schluss zieht, dass die erstere nicht auf Restitution beruhe, so ist dies freilich unkritisch, indem es bei der *in integr. rest.* noch vorkommt, dass sie nicht an einen *annus utilis* gebunden ist⁴⁾. Richtig aber urtheilt Schneider, wenn er sagt, dass die Restitution dem in *dolo* Versirenden versagt werde und dem *creditor* als solchem, der doloser Weise die Intercession eines Frauenzimmers zuliesse, was sehr häufig vorgekommen sein wird, nach der Schröter'schen Ansicht dieselbe gestattet werden solle. Dies wäre ein Widerspruch gegen die Regeln über die Restitution.

Gegen die fernere Annahme Schröters, dass die intercedirende Frau selbst gegen die Intercession Restitution erhalte, spricht der Umstand, dass die *exc. SCTi Vell.* als ordentliches Rechtsmittel dargestellt wird, dass dieselbe der Frau zum Schutze ihres Vermögens ausreicht und dass nach den Regeln über die *in integr. rest.* dieselbe wegfällt, wenn ein ordentliches Rechtsmittel vorhanden ist. — Dann aber er-

obligationis, quo mulier est obligata: verbi gratia, si per stipulationem mulier, et tu, quasi ex stipulatu, convenieris.

²⁾ Rudorff, R. Rechtsgeschichte II S. 102 ff.

³⁾ z. B. L. 16 pr. D. de min. etc.

⁴⁾ L. 2 §. 5 D. de cap. dem. (4, 5).

sehen wir aus L. 8 §. 5 D. de SC. Vell., dass Ulp. die *exc. SCti* der *in integr. rest.* geradezu entgegenstellt, was undenkbar ist, wenn dieselbe auch als Restitution aufgefasst werden müsste. — Nichts destoweniger muss eine gewisse Verwandtschaft der *in integr. rest.* mit der *exc. SCti Velleian.* anerkannt werden. Dieselbe zeigt sich nicht so sehr im Resultate beider, nemlich der Aufhebung des bisherigen Zustandes und Wiedereintritts des frühern, als in den Motiven ihrer Einführung, der Beseitigung der aus dem strengen Recht hervorgehenden, der Billigkeit ganz und gar widersprechenden Folgen. Derselbe Grund, welcher die Einführung der *rest. minorum* veranlasste, war die Ursache der *except. SCti Velleian.*: wie hier die Frau durch die Intercession keinen Schaden erfahren soll, so dort der *minor*, weil man es für unbillig erachtete, dass derselbe durch seine Rechtsgeschäfte überhaupt Nachtheil erleiden dürfe. Das Motiv und die Resultate waren bei beiden Rechtsmitteln die gleichen; ihr Ursprung aber und ihre Geltendmachung verschieden.

§. 7.

Mit dem Anscheine eines grössern Rechts nimmt Schröter¹⁾ eine Restitution *propter alienationem in fraudem creditorum factam* an.

Als Hauptstütze führt dieser Gelehrte auf:

§. 6 I. de act. (4, 6):

Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus possessis ex sententia Praesidis: permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione, eam rem petere, id est, dicere eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse.

Der etwaige Beweis, den Schröter aus der Reihenfolge der Paragraphen nimmt, indem §. 3 h. l. die prätorischen *in rem actiones* darstellt, denen eine Fiktion zu Grunde liegt, §. 4 demgemäss die *Publ. in rem actio* behandelt mit der Fiktion, dass die Usukapion vollendet sei, nunmehr jedoch in §. 5 die *Public. rescissa usucapione* mit der Fiktion einer nicht vollendeten Usukapion besprochen wird, wodurch ein

¹⁾ S. 131.

Uebergang auf die *in integr. rest.* gemacht sei, deren weitere Betrachtung in §. 6 geschehe, dieser etwaige Beweis fällt zusammen, wenn, wie später sich herausstellen wird, der §. 5 nur den Charakter der Ausnahme gegenüber §. 4 hat, und §. 6 sich an den in §. 4 enthaltenen Gedanken anschliessen muss²⁾.

Fassen wir aber den Umstand ins Auge, dass weder in den Digesten noch im Codex eine *in integr. rest.* wegen *alienatio in fraud. credit.* anerkannt ist, so müssen wir, wenn überhaupt, eine solche erst aus §. 6. 7. cit. annehmen, vorausgesetzt, dass diese Stelle sich absolut anders nicht erklären lässt. Denn die Institutionen haben die Bestimmung, die in den Digesten und im Codex enthaltenen Rechtsgrundsätze in Kürze zusammenzufassen und es spricht bei ihnen die Vermuthung dafür, dass sie im gegebenen Falle nichts Anderes sagen wollen als Digesten und Codex. Sehen wir nun nach, was das Edikt über die *alienatio in fraudem creditorum* vorschreibt, von dem Schröter selbst anerkennt³⁾, dass es keine *in integr. restitutio* gekannt hat.

Nach Civilrecht hatten die Gläubiger kein Mittel, um die von dem Schuldner der Masse entfremdeten Gegenstände zurückzuerhalten⁴⁾. Zu diesem Zwecke gewährte der Prätor die theilweise mit Unrecht so genannte *actio Pauliana* und das *interdictum fraudatorium*. Wir haben es hier nur mit ersterer zu thun. Diese *Paul. actio* hatte zur Voraussetzung eine gültige Veräußerung des Schuldners, und trat da ein, wo die *actio doli* nicht ausreichte. Sie war durch die ihr zu Grunde liegende *missio in possess.* eine *actio in rem*, jedoch, da die Veräußerung nicht unrechtmässig war, keine *directa*, sondern eine *utilis*, beruhend auf der Fiktion, dass die Veräußerung nicht geschehen, das den Konkursgläubigern also entzogene Gut in Wirklichkeit noch im Vermögen des *debitor* geblieben sei. Für diese Auffassung sprechen theils die Basiliken IX, 8 No. 1 — ἀγωγὴν ἔξει οὐτιλίαν — theils die Paraphrase des Theophil. zu §. 6. 7. cit. „ἥτις λέγεται παυλια-

²⁾ Vgl. Savigny a. a. O. S. 188.

³⁾ S. 137.

⁴⁾ Wir folgen in dieser Frage vorzugsweise der klaren Darstellung bei Brinz, Pandekt. I, S. 528 ff.

νή“, dann besonders L. 6 §. 13 L. 18 D. quae in fraud. credit. (42, 8). Hieraus folgt, dass der Ausdruck „*rescissa traditione*“ nur als Wirkung der Fiktion, nicht einer voraufgehenden *i. i. r.* verstanden werden muss. Für die Richtigkeit dieser Auffassung scheint mir mit klaren Worten L. 38 §. 4 D. de usur. et fruct. (22, 1) und die Verbindung der *actio Pauliana* mit der *actio Faviana* zu sprechen und das Princip desselben Gesetzes, wie Windscheid II §. 463 N. 15 annimmt, derselben nicht im Wege zu stehen.

§. 8.

Man hat ferner eine *in integr. rest. propt. alienationem iudicii mutandi causa factam* aufgestellt. Von den ältern Schriftstellern war dieselbe fast allgemein anerkannt, so von Noodt a. a. O. S. 106 ff. Dompierre S. 424, wenn auch hin und wieder auf die Verschiedenheit dieser mit den vorhergehenden Restitutionen aufmerksam gemacht worden ist. Erst die Neuern, nach dem Vorgange Burchardi's, haben diese Restitution verworfen, so dass heute so ziemlich allgemein anerkannt ist, dass es keine *in integr. rest.* aus tit. 7 lib. IV gibt.

Den Beweis für dieses Rechtsmittel fand man darin, dass sowohl in den Digesten als dem *codex* hinter den 6 in L. 1. 2 D. 4, 1 aufgeführten Restitutionsgründen sofort von der *alienatio iud. mut. caus. f.* gehandelt wurde, dass die in Titel 7 *h. libri* excerpirten Stellen aus denselben Ediktskommentaren der vorjustinianischen Schriftsteller herühren, aus denen die in den erst. 6 Titeln behandelten stammen, dass Gaius in l. 3 §. 4 *h. t.* das Rechtsmittel gegen die *alienat. iud. mut. c. f. in integrum restitutio* nennt und die Kaiser Diocletian und Maximinian in C. 2, 55 derselben Ansicht huldigen. Dieses Faktum ist zuzugeben, theilweise auch die daraus gezogenen Schlüsse. Es ist das in Folgendem nachzuweisen:

L. 1. pr. D. h. t. (4, 7) Gaius ad. Ed. prov:

Omnibus modis Proconsul id agit, ne cuius deterior causa fiat ex alieno facto. Et, cum intelligeret iudiciorum exitum interdum duriores (nobis) constitui, opposito

nobis alio adversario, in eam quoque rem prospexit: ut si quis alienando rem alium nobis adversarium suo loco substituerit, idque data opera in fraudem nostram fecerit, tanti nobis in factum actione teneatur, quanti nostra intersit, alium adversarium nos non habuisse.

Aus diesem Fragmente ersehen wir, dass der Prätor, im Falle mein Prozessgegner mich dadurch schädigte, dass er die streitige Sache an eine für mich ungünstigere Person veräußerte, von mir auf den Ersatz des dadurch entstehenden Nachtheils belangt werden kann, also dann, wenn die Sache selbst nicht wieder zu bekommen ist, den Werth derselben ersetzen muss. Diese Klage auf das Interesse fast Gaius in l. 3 §. 4 als *in integr. rest.* auf:

Ex quibus apparet, quod Proconsul in integrum restitutum se pollicetur: ut hac actione officio tantum iudicis consequatur actor, quantum eius intersit alium adversarium non habuisse: forte, si quas impensas fecerit, aut si quam aliam incommoditatem passus erit, alio adversario substituto.

Dasselbe thun die Kaiser Diocl. und Maxim. in L. un. C. 2, 55:

Cum in rem actionem possessio pariat adversario; alienatione etiam iudicii mutandi causa celebrata, in integrum restitutio Edicto perpetuo permittatur: intelligis, si rem, ne secum ageretur, qui possidebat, venumdedit et emptori tradidit: quem elegeris, conveniendi tibi tributam esse iure facultatem.

Andere Beispiele, in denen diese Klage als *in integr. rest.* bezeichnet würde, gibt es in unseren Quellen nicht.

Savigny denkt bei L. 3 §. 4 an eine mögliche Interpolation; unseres Erachtens spricht die Fassung dieser Stelle gegen jegliche Interpolation. Höchstens könnte eine solche angenommen werden bei dem Ausdrücke „*in integrum restitutum*“, allein derselbe findet sich auch in der citirten Codexstelle. Aus diesem Umstande geht hervor, dass Gaius sowohl als die Kaiser in diesen Fällen eine *in integr. rest.* statuirten. Die anderen in diesem Titel benutzten Schriftsteller aber sprechen nicht von einer *in integr. rest.*, sie fassen das durch

das prätorische sowohl als Provinzial-Edikt¹⁾ gewährte Rechtsmittel als gewöhnliche Klage auf.

Aeltere Schriftsteller erklären dies durch die Annahme von zwei prätorischen Edikten, ähnlich wie bei dem tit. 27, 6 Dig.²⁾, von denen das eine die *in integr. rest.*, das andere eine *actio in factum* auf das Interesse proponirt habe. So Noodt a. a. O. S. 106. Dies ist im äussersten Maasse unkritisch, da wir gar keinen Anhaltspunkt in den Quellen haben für die Behauptung zweier Edikte, sondern gemäss derselben nur Ein Edikt finden. Deshalb haben auch die neuern Schriftsteller diesen Weg verlassen. Es ist auffallend, dass in L. 3 §. 4 eine *in integr. rest.* verheissen wird, ob schon für Fälle dieser Art die *actio in eum qui dolo malo desiit possidere*, sowie die *rei vindicatio* gegen den dritten Besitzer völlig auszureichen scheinen. Beide Klagen konkurrierten mit einander³⁾.

Es war also kein Grund vorhanden eine *in integr. rest.* einzuführen.

Man hat diesen Widerspruch dadurch zu erklären versucht, dass die *actio in eum, qui dolo malo desiit possidere* späteren Ursprungs sei als die in L. 1 pr. in Aussicht gestellte Klage, dass man letztere aus Mangel an Verständniss als *in integr. rest.* aufgefasst habe. Man beruft sich für den ersten Punkt auf einzelne Stellen des Titels 5, 3 Dig. vornemlich auf L. 20 §. 6 wo Ulpianus die *actio in eum, qui dolo malo desiit possidere* in ihrer Anwendung auf Erbschaftsbesitz auf ein SC zur Zeit des Kaisers Hadrian zurückführt. Hieraus schliesst man, dass dieses Rechtsmittel zuerst für Erbschaftsbesitz auf Grund dieses SCti eingeführt worden, nachher aber auch auf jeden andern Besitz übertragen worden sei⁴⁾. Es ist jedoch diese Stelle nach L. 25 §. 8 eod. zu erklären und aus letzterer lässt sich mit demselben Rechte das Gegentheil herauslesen, nemlich, dass die schon bestehende *actio in eum qui dolo malo desiit possidere* auf Erbschaftsbesitz angewandt worden ist. Wahrscheinlich

¹⁾ L. 8 D. h. l. vgl. mit den meisten Inskriptionen dieses Titels.

²⁾ Siehe unten §. 42.

³⁾ L. un. C. de alien. iud. m. c. f. (2, 55).

⁴⁾ Windscheid §. 193 N. 8 u. A.

ist es aber doch, freilich aus einem anderen Grunde, dass die *actio in eum* etc. später ist als die *propt. alien.* etc. Nemlich die letztere erscheint der ersteren gegenüber als speziell, und man wusste dafür keine andere Ursache zu entdecken, wenn nicht die, dass die *act. propt. alien.* jüngern Datums sei. Der zweite Punkt dieses Satzes jedoch scheint richtig zu sein. Wir sehen aus L. 1 pr., dass der Prätor eine *actio in factum* gegen den verstattete, welcher doloser Weise die streitige Sache veräußerte, in der Absicht, dadurch dem Kläger zu schaden, auf das Interesse des letztern. Diese selbe Klage wird von Gaius *in integr. rest.* genannt, fälschlich, wenigstens nicht im technischen Sinne, denn die Requisite derselben liegen nicht vor; sie würden vorliegen, wenn die *in rem actio* gegen den Veräußernden wiederhergestellt würde; davon ist aber nicht die Rede. Die Richtigkeit unserer Behauptung zeigt sich durch die folgenden Worte der L. 3 §. 4:

ut hac actione officio tantum iudicis consequatur actor, quantum eius intersit, alium adversarium non habuisse; forte si quas impensas fecerit, aut si quam aliam incommoditatem passus erit, alio adversario substituto.

Hier wird geradezu dieselbe Klage gewährt, welche in L. 1 §. 1 das Edikt aufstellt.

Dass dieselbe von Gaius als *in integr. rest.* aufgefasst wird, hat darin seinen Grund, dass dieses Edikt in der Zusammenstellung des Salvius Julianus hinter jenes über die *in integr. rest.* gestellt worden, in Folge dessen von ihm als *in integr. rest.* noch angesehen wurde, besonders da in dieser Auffassung der Prokonsul voranging. Allerdings muss nunmehr behauptet werden, dass diese Annahme irrtümlich war, dass die durch das Edikt gewährte Klage mit einer Restitution im technischen Sinne, sogar einer faktischen nichts gemein habe. Dass aber diese Ansicht im Römischen Rechte in Geltung gewesen, ersehen wir ausserdem noch aus L. un. C. cit., wo dieses Rechtsmittel sogar auf das *Edictum perpetuum* zurückbezogen wird. Haben die Kaiser Diokletian und Maximinian hier sich nicht getäuscht rücksichtlich des Edikts, so geht dieser Irrthum noch über Gaius hinaus und Salv. Julian. ist der Urheber desselben,

wenigstens für die Zeit nach ihm. Was vor der Herausgabe des *edict. perpet.* im prätorischen Edikte betreffs dieser Klage gestanden hat, vermögen wir nicht mehr zu ahnen. Savigny S. 104 N. k. lässt dahin gestellt sein, ob die Kaiser unter der Restitution die Klage auf das Interesse oder die *actio in rem* gegen den *qui dolo malo desiit possidere* verstanden haben. Unseres Erachtens ist an die Entschädigungsklage zu denken⁵⁾, denn von ihr steht es fest, dass sie im Edikte gestanden, was aber rücksichtlich der *in rem actio* gegen den *qui dolo malo desiit possidere* noch zu beweisen wäre. Dieses Reskript gewährt die *rei vindicatio* gegen den nunmehrigen Besitzer und die *actio propt. alien.* etc. gegen den frühern.

Betrachten wir jetzt die hauptsächlichsten Ansichten dieses Edikts.

Savigny a. a. O. erklärt das Edikt in ähnlicher Weise wie wir, nimmt aber zugleich an, dass dasselbe „wahrscheinlich auch eine Restitution dargeboten habe, so dass der Verletzte gegen den Veräusserer zwischen ihr und der persönlichen Entschädigungsklage die Wahl haben sollte“; er stützt sich bei dieser Behauptung auf die Stellung des betreffenden Titels in den Digesten und im Codex und auf die beiden schon angeführten Stellen. Einen innern Grund für die Annahme einer frühern Restitution hat Savigny nicht; rücksichtlich der äussern verweisen wir auf vorhergehende Darstellung. Diese Restitution soll nach S. 212 durch die spätere *actio in eum qui dolo malo desiit possidere* überflüssig geworden sein, so dass nachher im gewöhnlichen Prozessgange der dingliche Anspruch durchgeführt worden wäre.

Eine eigenthümliche Auffassung der L. 3 §. 4 D. cit. hat Schneider a. a. O. S. 250 N. 74. Er behauptet, dass, entgegen gesetzt der technisch sog. *in integr. rest.*, wo der Ausdruck „*in integrum*“ in einem qualitativen Verhältnisse stehe, in unserer Stelle das Verhältniss ein quantitatives ist. Zum Beweise führt er die unten noch zu behandelnde L. 9 §. 7 D. q. m. c. (4, 3) an. Diese Anschauung ist unrichtig,

⁵⁾ So auch Voorda, interpretat. 2, 10 S. 142. 2. Aufl. Traiecti ad Rhen. 1768.

denn alsdann müsste die Folge der nach L. 1 gewährten prokonsulischen Klage eine Zurückgabe des veräußerten Gegenstandes sein, was aber nicht der Fall ist. Die Klage geht nicht auf Wiedererlangung der Sache, sondern auf den durch die *alienatio* dem Kläger erwachsenen Schaden.

Die Ansicht Keller's, dass in L. 3 §. 4 von einer *in integr. rest. propt. errorem* die Rede sei, ist unten⁶⁾ zurückzuweisen.

Das Verhältniss der nach L. 1 gewährten *actio in factum* zu der *actio in eum, qui dolo malo desiit possidere* scheint Folgendes gewesen zu sein. Die *actio in factum* ging einfach auf den Ersatz des Schadens, welcher mir dadurch erwachsen ist, dass mein Prozessgegner vor der *Litis contestatio* den Gegenstand, an welchen ich meine Ansprüche geltend machte, veräußerte; sie cessirte, wenn der Gegner sich zur Uebernahme des Prozesses betreffs des Eigenthums bereit erklärte. (L. 3 §. 5 D. 4, 7), in welchem Falle die *rei vind. utilis* gegen ihn ging; die *actio in eum qui dolo malo desiit possidere* hingegen war die *rei vindicatio* gegen den, welcher in böser Absicht den Besitz aufgab (für den speziellen Fall der *alienatio* wurde die *actio in factum* nicht aufgehoben — L. 4 §. 1 D. h. 1.); sie war mithin eine von dem Willen des Gegners zur Uebernahme des Prozesses unabhängige *rei vindicatio*, im Resultate freilich derselben gleich — und hieraus geht ihre spätere Entstehung hervor.

⁶⁾ §. 43.

III. VORAUSSETZUNGEN DER RESTITUTION.

a) EINE VERLETZUNG*).

§. 9.

Francke stellt in seinen Beiträgen S. 65 folgende Behauptung auf:

„Einen sehr nachtheiligen Einfluss auf die Behandlung unserer Lehre hatte aber von jeher das leidige Generalisiren, indem man allenthalben Sätze, die nur für eine besondere Restitution wahr sind, als allgemeine Regeln für alle Restitutionen aufstellte.“ Wie richtig diese Behauptung ist, wird sich gerade in diesem Abschnitte zeigen.

Zu allen Zeiten ist man darüber uneinig gewesen, was unter dieser „Verletzung“ eigentlich zu verstehen sei. Dass ein positiver nicht zufälliger Schaden hinreiche, darüber war man allerdings ziemlich einverstanden, über die Höhe desselben aber wiederum nicht. Ob *lucrum cessans* in allen *caussis* die *in integr. rest.* zur Folge haben müsse, oder ob sie nur in wenigen statt habe, darüber streitet man jetzt noch: ob schliesslich das Römische Recht noch weiter gegangen sei, dass es auch die *in integr. rest.* zuliess, wo nur ein indirekter Nachtheil vorlag, darüber gehen noch immer die Meinungen auseinander. Demgemäss ist hierüber an dieser Stelle zu handeln.

Es steht fest, dass im ältern Römischen Recht die *in integr. rest.* nur wegen *damnum emergens* gegeben wurde,

*) Gegen den Ausdruck „Läsion“ siehe Windscheid, Pandekten I §. 115 N. 2.

und erst später das *lucrum cessans* ersterem gleich gestellt wurde. Dies ist psychologisch zu erklären. Der Mensch verliert dasjenige, was er einmal hatte, doppelt ungern, er fühlt diesen Verlust in viel höherem Maasse, als wenn ihm ein in Aussicht gestellter Gewinn entgangen ist. Er ist demgemäss schon zunächst zufrieden, wenn ihm ein Mittel gegeben ist, den positiv aus seinem bisherigen Vermögen erlittenen Schaden ersetzt zu erhalten. Erst ein entwickelteres Rechtsbewusstsein veranlasst ihn auch wegen *lucrum cessans* Ansprüche zu erheben. — So verhält es sich auch mit der *in integr. rest.*:

L. 7 §. 6 D. de min. (Ulp.).

Hodie certo iure utimur, ut et in lucro minoribus succurratur,

d. h.: Früher war es bestritten, ob auch bei *lucrum cessans* Restitution ertheilt werde; heutiges Tags aber steht es fest, dass jedenfalls Minderjährigen Restitution gewährt wird.

Wie verhält es sich aber mit den Grossjährigen?

L. 18 D. ex quib. caus. (4, 6) (Paul.):

Sciendum est, quod in his casibus restitutionis auxilium maioribus damus, in quibus rei duntaxat persequendae gratia queruntur; non cum et lucri faciendi ex alterius poena, vel damno, auxilium sibi impertiri desiderant.

L. 27 D. eod. (Paul.):

Et sive quid amiserit, vel lucratus non sit, restitutio facienda est: etiamsi non ex bonis quid amissum sit.

Nach der ersten Ulpianischen Stelle sollte man glauben, die Minderjährigen hätten allein den Vorzug *lucro cessante in integr. rest.* zu erhalten; nach der dritten Stelle aus Paulus haben die Grossjährigen denselben Vortheil, aber diese Behauptung erleidet nach demselben Juristen in L. 18 D. cit. eine Einschränkung für den Fall, wo sie deshalb erbeten wurde, um *ex alterius poena vel damno* Gewinn zu ziehen. Was hierunter eigentlich zu verstehen sei, ist von vorneherein nicht klar. Dass bei der *in integr. rest. propter lucrum cessans* mehr oder weniger ein *damnum* auf Seiten des Gegners erstrebt werde, ist doch wohl der Fall, und dass die *in integr. rest.* nur dann statthaft sei, wenn der Gegner kein *damnum* erleide, wohl kaum anzunehmen.

L. 37 pr. D. de min.:
Auxilium in integrum restitutionis executionibus poenarum paratum non est: ideoque iniuriarum iudicium semel omissum repeti non potest.

Diese Stelle gibt uns einen Anhaltspunkt zur Erklärung von L. 18 D. cit.

Wenn nemlich durch die *in integr. rest.* weiter Nichts erreicht werden soll als Strafe des Gegners oder Schadenszufügung, wie z. B. bei der *actio iniuriarum*, so soll sie, diese Klage einmal versäumt, nicht gewährt werden: hat der Beleidigte die Zeit für die Anstellung der *actio iniuriarum*, gewöhnlich einen *annus utilis*, nicht beobachtet, so soll ihm in keinem Falle die verlorene Frist restituirt werden¹⁾.

Aehnlich lautet die Erklärung Burchardi's²⁾ und Savigny's³⁾. Doch theilen diese beiden Gelehrten hier zwischen *poena* und *damnum*. Dies scheint ungerechtfertigt, und daher die Behauptung bei Brinz⁴⁾ richtig, wenn er sagt, es müsse erst bewiesen werden, dass es keine *restitutio ex alterius damno* gebe. Dieser Beweis ist eben nicht zu führen. Zudem ist die Zweitheilung aus sprachlichen Gründen unstatthaft; denn es heisst „*poena vel damno*“, nicht „*poena aut damno*“. Eben weil Burchardi und Savigny das „*vel*“ weniger berücksichtigen, eben deshalb ist ihnen in Bezug des *damnum* der nothwendig zu erbringende Beweis nicht gelungen, und daher die Behauptung von Brinz.

Wir erachten es für überflüssig, obige Auffassung gerade an der *actio iniuriarum* ausführlicher nachzuweisen: man wird wohl zugeben, dass es oft genug vorkam, dass der Beleidigte weniger darauf ausging, den Beleidiger mit einer *poena* belegt als ihn zur Zahlung einer Summe Geldes verurtheilt zu sehen, mehr also den Vermögensverlust auf dessen Seite als die eigentliche Bestrafung im Auge hatte.

Wenn nun aber Brinz kurz vorher die Behauptung Savigny's tadelt, dass in Betreff „der Art des Schadens auf die Personen Nichts ankomme“ und sich hier seine nicht

¹⁾ Vgl. L. 22 §. 1 D. ex quib. caus., L. 17 §. 3 D. de usur. (22, 1) L. 25 D. de adm. et per. tut. (25, 7).

²⁾ a. a. O. S. 66.

³⁾ a. a. O. S. 122.

⁴⁾ Pandekt. S. 113.

näher ausgesprochene Ansicht auf L. 18 D. cit. und L. 7 §. 6 cit. beruht, so folgt aus seiner bisherigen Auffassung der ganzen Sachlage entweder

1) Nur Minderjährige werden wegen *lucrum cessans* restituirt, womit übrigens der Satz: „damit ist freilich nicht gesagt, weder dass Minderjährigen jegliches noch dass Volljährigen kein *lucrum* restituirt werde etc.“, nicht harmonirt, oder

2) wahrscheinlich, dass zwischen *lucrum cessans* bei den Minderjährigen und Volljährigen unterschieden werde, dass Etwas bei den Einen noch als *lucrum cessans* angenommen werde, was bei den Andern als solches nicht gelte.

Denkt Brinz hier darin, dass Minderjährigen überhaupt bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand grössere Vorzüge gewährt werden als Grossjährigen, dass ihnen oft *restitutio in integr.* ertheilt werde, wo sie den Grossjährigen versagt bleibt, so hat er vollständig Recht, und ist dies unsererseits weiter auszuführen. Jedenfalls muss aber gegen die Darstellung von Brinz — allerdings mehr oder weniger die Folge seines Negirens, ohne an Stelle des Negirten neues Positives zu stellen — eingewendet werden, dass in den von ihm citirten Stellen der Beweis für die Behauptung des vorigen Satzes nicht enthalten ist; dass es immerhin unerklärlich bleibt, wie Brinz diese beiden Stellen gleichsam als Kardinalbeweissätze hinstellen konnte. Seine Behauptung hätte alsdann etwa so formulirt werden müssen: „Nicht allein *damnum emergens*, sondern auch *lucrum cessans* berechtigen zur Bitte um *in integr. rest.*; daneben geniessen aber die Minderjährigen noch eine gewisse Bevorzugung, indem ihnen auch *in integr. rest.* ertheilt wird, wo von einem eigentlichen *lucrum cessans* nicht mehr die Rede sein kann“.

Allerdings genossen die Minderjährigen, wie überhaupt im Römischen Recht, so auch hier ihre Bevorzugung. Dies zeigt:

1) L. 6 D. de min. (Ulp.)⁵⁾:

Minoribus vigintiquinque annis subvenitur per in integrum restitutionem, non solum cum de bonis eorum

⁵⁾ Vgl. hierzu Burchardi S. 71 ff.

aliquid minuitur; sed etiam cum intersit ipsorum litibus et sumptibus non vexari.

2) L. 38 D. de dolo malo:

Quidam debitor epistolam quasi a Titio mitti creditori suo effecit, ut ipse liberetur; hac epistola creditor deceptus, Aquiliana stipulatione, et acceptilatione liberavit debitorem: postea epistola falsa, vel inani reperta, creditor maior quidem annis vigintiquinque de dolo habebit actionem; minor autem in integrum restituetur.

3) L. 35 D. de min.

Si in emptionem penes se collatam minor adiectione ab alio superetur: implorans in integrum restitutionem audietur, si eius interesse emptam ab eo rem fuisse adprobetur; veluti quod maiorum eius fuisset: [ita] tamen, ut id, quod ex licitatione accessit, ipse offerat venditori.

Das Römische Recht kennt im Allgemeinen keinen Affektionswerth und berücksichtigt die Affektion nicht. In der letzten Stelle aber beweist der *minor* nur eine Affektion an der Sache; ein persönliches Interesse im nicht juristischen Sinne, einen Nachtheil bemüht er nicht darzuthuen, und der Nachweis dieser uneigentlichen Verletzung reicht zur Erlangung der *in integr. rest.* aus.

§ 10.

Aus dem Ganzen ergibt sich nun folgendes Resultat:

Unter dem Begriffe der „Verletzung“ versteht das Römische Recht in der Lehre von der *in integr. rest.* Folgendes.

- 1) positive Schadenszufügung, *damnum emergens*;
- 2) entgangenen Gewinn, *lucrum cessans*.

Diese beiden Arten sind in allen Restitutionsfällen geeignet, das ausserordentliche Rechtsmittel der *in integr. rest.* hervorzurufen. Daneben aber noch

- 3) in Rücksicht auf die Minderjährigen jede, wenn auch nicht gerade nachtheilige, doch unbillige Rechtsveränderung.

Es ist nicht statthaft, die Ausnahmestellung, worin die Minderjährigen sich befinden, auf die Volljährigen auszudehnen, da die Quellen uns keine Beispiele, dass die Volljähri-

gen ähnliche Bevorzugung genossen, darthuen. — Im Laufe der Darstellung wird sich dies noch eklatanter zeigen. — Daher ist auch die Behauptung Francke's im Eingange dieses Abschnitts eine gerechtfertigte, heute aber vielfach nicht beachtete.

Was nun endlich den Betrag der Läsion angeht, so ist man bis jetzt hierüber noch nicht einig geworden. Es heisst allerdings in Betreff des prätorischen Rechts: „*Minima non curat Praetor*“, und dies möchte auch für die *in integr. rest.* als ausserordentliches Rechtsmittel festzuhalten sein. Man würde die Bedeutung derselben schmälern, wenn man einem jeden geringfügig Verletzten *in integr. rest.* gewähren wollte. Allein mit nachstehendem Satze haben wir noch immer keine feste Grenze, und die Entscheidung, ob die Verletzung nicht zu gering sei, unterliegt dem Ermessen des Prätors.

Wenn in einzelnen Fällen ein bedeutender Nachtheil verlangt wird¹⁾, so darf daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass dies die Regel sei.

Das *corpus iuris* gibt uns nach dieser Seite hin nur Einen Anhaltspunkt in der Beantwortung der Frage nach der Höhe des Betrages der Läsion, es entscheidet nicht, dass dieselbe bedeutend sein müsse, es sagt auch nicht, dass eine geringe Verletzung dieselbe absolut ausschliesse, sondern nur, dass dieselbe nicht um vieles kleiner sein dürfe, als der durch dieselbe dem Gegner erwachsende Schaden.

L. 4 D. de in integr. rest.²⁾:

Scio illud a quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem, vel summam, si maiori rei, vel summae praeiudicetur; audiatur is, qui in integrum restitui postulat.

Hieraus ist folgende Thesis abzuleiten: Wegen einer ganz geringfügigen Verletzung wird die *in integr. rest.* nicht gewährt, ferner dann nicht, wenn dem Gegner ein bedeutend grösserer Nachtheil erwächst, der in einem unverhältnissmässigen Gegensatze zu dem Vortheil des Imploranten steht; sonst kommt auf die Höhe des Schadens Nichts an³⁾.

¹⁾ L. 9 pr. L. 49 D. de min., L. 1 C. si adv. vendit. (2, 29).

²⁾ Vgl. noch L. 24 §. 2 D. de min., L. 6 C. de rep. hered. (6, 31).

³⁾ Vgl. Vangerow §. 176.

b) EIN ZUR RESTITUTION GEEIGNETER FALL.

§. II.

Nicht in allen Fällen, in denen bei den L. 1. 2 D. de in integr. rest. aufgeführten *iustae causae* ein nachtheiliges Ereigniss eingetreten ist, greift die prätorische Restitution Platz. Es gibt vielmehr zwei Klassen von Beschränkungen der *in integr. rest.*:

1) Solche, wo die Gewährung derselben dem ganzen Wesen dieses Rechtsmittels widersprechen würde, unter die man auch die vorhin angedeutete Geringfügigkeit des Schadens auf Seiten des Verletzten im Gegensatze zu dem grossen Nachtheil des Gegners rechnen kann, dann

2) solche, die das Gesetz aus bestimmten Gründen als Ausnahmen hinstellt.

Demnach ist über beide Arten der Reihe nach zu handeln:

I. Die Quellen stellen die *in integr. rest.*, eben weil sie ein *extraordinarium auxilium* ist, als subsidiäres Rechtsmittel dar, d. h. so lange ein ordentliches Rechtsmittel vorhanden, soll die *in integr. rest.* nicht gewährt werden.

L. 16 pr. D. de min.:

In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. Nam si communi auxilio, et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium: utputa cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate, nec locupletior factus est.

Dass diese Behauptung Ulpian's lib. 2 ad edict. ganz allgemein für alle *causae restitutionis* gelten und sich nicht blos auf die *in integr. rest. propt. min. aet.* beziehen soll, ist von Schneider¹⁾ in scharfsinniger Weise dargethan worden. Widersprüche gegen diese Behauptung, die dem Wesen der prätorischen Rechtsmittel überhaupt angemessen, sind in der neuesten Zeit keine vorgebracht worden, und so möchte dieselbe auch fernerhin unangefochten bleiben. Steht demgemäss dem die Restitution Erbittenden ein ordentliches

¹⁾ a. a. O. S. 232.

Rechtsmittel (*actio vel exceptio*) zu, oder ist er *ipso iure munitus*, so soll er keine Restitution erhalten, d. h. die Restitution ist ausgeschlossen, so lange man entweder auf dem Wege der gewöhnlichen Klage oder Einrede zum Ziele kommt, oder das Rechtsverhältniss überhaupt nichtig ist. In Folge dessen darf nach Digestenrecht²⁾ von einer Konkurrenz der *in integr. rest.* mit den *actiones bonae fidei* nicht gesprochen werden, ebensowenig von einer Konkurrenz zwischen *in integr. rest.* und den *condictiones ex causa*.

L. 16 §. 2 D. de min.:

Pomponius quoque refert, libro vicesimo octavo: cum quidam heres rogatus esset patris filiae complures res dare ea conditione, ut, si sine liberis decessisset, restitueret eas heredi, et haec defuncto herede, heredi eius cavisset, se restitutum, Aristonem putasse in integrum restituendam. Sed et illud Pomponius adicit, quod potuit incerti condici haec cautio etiam a maiore, non enim ipso iure sed per conditionem munita est.

Auf Grund dieser Stelle ist vielfach eine Konkurrenz der *in integr. rest.* mit der *condictio ex causa* behauptet worden. Allein dem ist nicht so. Man streitet heut zu Tage noch darüber, ob Pomponius die Ansicht des Aristo, dass jene *filia* die *in integr. rest.* erbitten könne, gebilligt habe oder nicht, oder ob vielmehr die Worte: „*Sed et illud sqq.*“ eine Ampliation der vorhergehenden enthalten.

Nachdem Ulpianus im *prooemium* dieser *lex* die eben schon aufgeführte Behauptung aufgestellt hat, dass im Falle ein ordentliches Rechtsmittel ausreiche, die *in integr. rest.* wegfallen solle, bringt er in §. 1 eod. einen Satz aus Labeo vor, des Inhalts, dass, wenn ein Minderjähriger bei Eingehung einer *societas* betrogen worden sei, eben keine *societas* vorliege, also auch nicht der Prätor um Aufhebung derselben durch *in integr. rest.* angegangen werden könne. Hierauf folgt der citirte §. 2. Die Sachlage ist hier folgende: Es ist Jemand gestorben und hat seinem Erben aufgetragen, seiner Nichte verschiedene Gegenstände als Fideikommiss aus der Erbschaft herauszugeben. Diese Sachen sollten aber, wenn Vermächtnissnehmerin ohne Kinder stürbe, an den

²⁾ Anders nach Kodexrecht; vgl. unten §. 41.

Erben wieder zurückgehen. Nun stirbt aber der Erbe vor der *fratris filia* und letztere lässt sich herbei, dessen Erben Kautio zu leisten dafür, dass nach ihrem Tode die Vermächtnissgegenstände an letztere zurückkommen. — Die zu Gunsten des Erben gesetzte Bedingung war nicht in Erfüllung gegangen, da dieser vor deren Eintritt schon gestorben. Demgemäss fielen die Sachen der Vermächtnissnehmerin zum vollen unwiderruflichen Eigenthum zu. Sie war also in Irrthum, als sie für eine vermeintliche aber unwirkliche Verpflichtung ihrerseits Kautio bestellte. Diese Kautio war von vorneherein nichtig, indem derselben keine Verpflichtung zu Grunde lag, und eine Kautio bestellen für Etwas, was in Wirklichkeit nicht existirt, ist wohl unmöglich. Dies hatte Aristo sich nicht klar gemacht, und daher kam er zu der Behauptung, dass (wie er glaubte) gegen die „wirklich“ von der *fratris filia* eingegangene Verbindlichkeit *in integr. rest.* gewährt würde. Man ersieht hieraus, dass die Römischen Juristen nicht immer über das Wesen der *in integr. rest.* klar gewesen sind, und es möchte vielleicht nicht zu viel behauptet sein, dass es welche gab, die die *in integr. rest.* in sehr vielen Fällen als nicht mehr, denn ein bequemes Auskunftsmittel ansahen. An diese Ansicht des Aristo schliesst sich nun eine Behauptung des Pomponius an, der überhaupt in der ganzen lex 16 von Ulpianus als Autorität angeführt wird.

Nachdem im *principium* und §. 1 von eingegangenen Verträgen die Rede gewesen ist, die in Wirklichkeit nicht rechtsbeständig, sondern von vorneherein nichtig waren, Ulpianus die Ansichten von Labeo und Ofilius dargestellt hat, fährt er in §. 2 fort mit den Worten: „*Pomponius quoque refert seqq.*“, d. h. „Auch Pomponius bringt hiefür Beispiele“. Die Worte „*Sed et illud Pomponius adicit sqq.*“ sind zu interpretiren: „Was die Ansicht des Aristo angeht, so bemerkt Pomponius, dass sogar ein Grossjähriger (geschweige denn eine minderjährige Frau) die hinterlegte Kautio kondiciren kann: *non enim ipso iure sed per conditionem munita est*, d. h. das Recht — nach älterem Sprachgebrauche eine *lex* — gibt ihr kein Rechtsmittel; demgemäss hat sie nun eine *condictio* auf Rückerstattung des in unverbindlicher Weise Gezahlten. So die Ansicht

Schneider's S. 234 ff., sie ist adoptirt von Vangerow §. 178 Anm. 1 a. E.³⁾. Ihren vollen Beweis erhält diese Auffassung durch den folgenden §. 3:

Et generaliter probandum est, ubi contractus non valet, pro certo Praetorem non debere se interponere,

d. h. Allgemein soll angenommen werden, dass, wo der Vertrag an und für sich nichtig ist, der Prätor nicht einschreiten soll. Ob aber der Prätor nichtsdestoweniger in Verkenntung des faktischen Verhältnisses nicht eingeschritten ist, das möchte wohl bezweifelt werden, und es erscheinen die Worte Ulpian's als bestimmt, dem nicht ganz klaren Mittel der *in integr. rest.* sichere Grenzen anzuweisen. Deshalb auch keine direkte Verwerfung der Ansicht des Aristo und ferner: „*probandum est*“ und „*non debere*“⁴⁾.

Doch erleidet die in L. 16 pr. cit. ganz allgemein ausgesprochene Subsidiarität einige Ausnahmen:

1) In Betreff der *actio* und *exceptio metus* behaupten die Quellen, dass dieselben elektiv mit der *in integr. rest.* aus demselben Grunde konkurriren.

L. 9 §. 4 D. q. m. c.

Volenti aulem datur et in rem actio et in personam rescissa acceptilationone vel alia liberatione.

L. 21 §. 6 D. eod.

Si coactus hereditatem repudiem, duplici via Praetor mihi succurrit, aut utiles actiones quasi heredi mihi dando aut actionem metus caussa praestando, ut quam viam elegerim, haec mihi pateat.

L. 3. 4 C. de his, quae vi (2, 20).

2) Es konkurriert ebenfalls elektiv die *in integr. rest.* mit der *actio tutelae*⁵⁾.

L. 3. 5 C. si tut. vel curat. (2, 25).

L. 45 §. 1 D. de min.

L. 25 D. de adm. et per. tut. (26, 7).

Sogar nach durchgeführter *actio tutelae* wird dem *minor* noch *in integr. rest.* gewährt, wenn erstere demselben zu

³⁾ Dagegen Burchardi S. 104, Brinz S. III.

⁴⁾ Vgl. noch zu dieser Stelle die theilweise abweichende Erklärung von Chauveau a. a. O. S. 41 ff. und Schneider S. 233 ff.

⁵⁾ Savigny S. 144, Chauveau S. 47 f.

wenig verschafft hat⁶⁾. — Nur in dem Falle tritt die *actio tutelae* allein ein, wenn zu dem eingegangenen Rechtsgeschäfte die Obrigkeit zugestimmt hat⁷⁾. Der Grund, weshalb die *in integr. rest.* trotz vorhandenen ordentlichen Rechtsmittels gegeben wird, ist der, dass der Beweis bei der *in integr. rest.* leichter zu führen ist als bei der *actio tutelae*⁸⁾.

3) Rücksichtlich der *actio doli* verliert die *in integr. rest.* ihre Subsidiarität und tritt vor derselben ein. Es ist dies im *corpus iuris* jedoch nicht als absolute Vorschrift anzusehen, vielmehr nur als Etwas, was der einsichtige Prätor zu thun pflege.

L. 7 §. 1 D. de in integr. rest.

L. 1 §. 6 D. de dolo malo.

Als Grund hiefür geben die Quellen die infamierende Wirkung der *actio doli* an⁹⁾.

4) Ist noch eine Konkurrenz der *in integr. rest.* mit den *actiones bonae fidei* anzunehmen.

L. 3 C. ex quib. caus. (2, 54).

L. 10 C. de rescind. vend. (4, 44)¹⁰⁾.

§. 12.

II. Ferner verstattet der Prätor keine *in integr. rest.*, wenn der erlittene Schaden entweder durch die eigene Nachlässigkeit des Verletzten entstanden oder durch den Zufall herbeigeführt worden.

1) L. 203 D. de R. T.:

Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur sentire.

Hier behauptet Pomponius, dass in Fällen, wo der Verletzte durch seine Nachlässigkeit der eigentliche Urheber seines Schadens gewesen, er betrachtet würde, als sei ihm kein Schaden zugestossen. Es entspricht diese Behauptung dem bekannten Satze: „*Iura vigilantibus sunt scripta*“.

⁶⁾ L. 1 C. si adv. rem iud. (2, 27).

⁷⁾ L. 7 §. 2 D. de min., L. 25 C. de adm. tut. (5, 37).

⁸⁾ L. 1 pr. D. de tut. (27, 3).

⁹⁾ Vgl. Schneider S. 208 f., 329 ff.

¹⁰⁾ Vgl. unten §. 41.

Denselben Grundsatz drückt aus:

L. 16 D. ex quib. causs.:

Non enim negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis. Totumque istud arbitrio Praetoris temperabitur: id est, ut ita demum restituat, si non negligentia, sed temporis angustia non potuerunt litem contestari.

Wohl zu bemerken ist, dass dieser Satz in dem Titel „ex quib. causs. maiores etc.“ steht. Die Minderjährigen geniessen eine ganz andere günstigere Beurtheilung: sie werden auch gegen ihre *negligentia* restituirt ¹⁾.

2) L. 11 §. 4. 5 D. de min.:

Item non restituitur, qui sobrie rem suam administrans, occasione damni non inconsulti accidentis, sed fato, velit restitui: nec enim eventus damni restitutionem indulget, sed consulta facilitas: et ita Pomponius lib. 28 scripsit. Unde Marcellus apud Julianum notat, si minor sibi servum necessarium comparaverit, mox decesserit: non debere eum restitui: neque enim captus est emendo sibi rem pernecessariam, licet mortalem. §. 5. Si locupletis heres extitit, et subito hereditas lapsa sit (puta praedia fuerunt, quae chasmate perierunt, insulae exustae sunt, servi fugerunt, aut decesserunt: Julianus quidem lib. 46 sic loquitur, quasi possit minor in integrum restitui: Marcellus autem apud Julianum notat, cessare in integrum restitutionem: neque enim aetatis lubrico captus est adeundo locupletem hereditatem: et quod fato contingit, cuivis patrifamilias, quamvis diligentissimo, possit contingere. Sed haec res adferre potest restitutionem minori, si adiit hereditatem, in qua res erant multae mortales, vel praedia urbana, aes autem alienum grave: quod non prospexit posse evenire ut demoriantur mancipia, praedia ruant: vel quod non cito distraxerit haec, quae multis casibus obnoxia sunt.

Hier haben wir es mit den Minderjährigen zu thun: gegen *casus* sollen auch sie nicht Restitution erlangen, wohl aber gegen ihre *negligentia*. Wir sehen aus dieser Stelle, dass

¹⁾ L. 24 §. 1 D. de min.

Marcellus die Gesichtspunkte geregelt hat, nach denen Minderjährigen Restitution ertheilt werde. Auf den erlittenen Schaden kommt es nicht an, sondern auf die *inconsulta facilitas*, und so erhält ein Minderjähriger keine Wiedereinsetzung, der einen Sklaven gekauft hat, welcher bald darauf gestorben ist: *neque enim captus est emendo, sibi rem pernecessariam licet mortalem*. Anders ist der Fall zu behandeln, „wenn der Gegenstand seines Geschäftes seiner Natur nach sehr dem Zufall ausgesetzt ist“²⁾ und er dadurch Schaden erfahren hat. Julianus scheint in Beantwortung hierher gehöriger Fragen noch zweifelhaft gewesen zu sein. Marcellus aber *notat ad Julianum*, dass in Fällen, wo der Minderjährige eine glänzende Erbschaft angetreten, diese aber durch Naturereignisse zu Grunde gegangen, demselben keine Restitution ertheilt werden dürfe; anders aber verhielte sich die Sache, wenn diese Erbschaft überschuldet sei: in diesem Falle werde dem *minor* Wiedereinsetzung verstattet. Der Antritt einer solchen Erbschaft ist die Folge der *inconsulta facilitas*, „die natürliche, und darum nicht tadelnswerthe Begleiterin des jugendlichen Alters“, wie Puchta sagt³⁾. Diese *inconsulta facilitas* gestaltet sich bei den Grossjährigen zur *negligentia*, die von ihnen vertreten werden muss; beim *minor* aber nicht. Deshalb erhält auch der Minderjährige Restitution, der Grossjährige nicht. Im Falle aber, dass *casus* die Ursache des Schadens gewesen, wird weder dem *minor* noch dem *maior* Restitution in Aussicht gestellt. — So viel über diejenigen Fälle, wo die *in integr. rest.* gemäss ihrer eigenen Natur nicht gewährt wird.

§. 13.

Wir gehen über zur Betrachtung der durch das positive Gesetz eingeführten Beschränkungen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

1) Descendenten erhalten keine Restitution gegen Ascendenten, Freigelassene keine gegen ihre Patrone.

L 2 C. qui et adv. quos (2, 42):

Cum apud veteres dubitabatur, an liberi parentes suos, vel liberti patronos in querimoniam deducere possent,

²⁾ Sintenis, gem. Civilrecht §. 36 N. 26.

³⁾ Institutionen §. 209, S. 355 der 7. Aufl.

quasi non rite in eos versatos: quidam existimabant, nullam esse contra huiusmodi personas in integrum restitutionem, pondere naturali, vel patronali reverentia huiusmodi petulantiae refragante; nisi vel ex magna caussa, vel adversus turpem eorum personam: Alii autem personarum quidem, vel caussae distinctionem respuendam esse censuerunt; tunc autem tantummodo dandam esse restitutionem putaverunt, cum minor ex sua simplicitate se deceptum, non ex dolo patris, vel patroni circumscriptum esse diceret. Sed ut maneat in omnibus honor parentibus, et patrono, vel patronae illibatus, atque intactus: sancimus, nullo modo, neque adversus parentes utriusque sexus, neque adversus patronum, vel patronam dari restitutionem: nam personarum reverentia omnem eis excludit restitutionem: cum procul dubio sit, etiam ipsas personas cavere, ne quid suae opinioni contrarium existat.

Zu dieser Stelle bemerkt Francke, Beiträge S. 67, dass die allgemeine aber unrichtige Auffassung dahin ginge, „dass Kinder gegen ihre Eltern oder auch, gegen Handlungen ihrer Eltern keine Restitution nachsuchen könnten; während das Römische Recht nur eine Restitution wegen *minor aetas* gegen Rechtsgeschäfte ausschliesst, welche die Kinder mit ihren Eltern selbst kontrahirten“. Dieser Gelehrte beruft sich für seine Ansicht auf die Stellung des tit. 42 im 2. Buche des Codex, als „mitten in der Lehre von der Restitution wegen *minor aetas*“ stehend und auf den Umstand, dass „freilich nicht die infamirende *de dolo actio*, wohl aber statt derselben eine *actio in factum* von allen Schriftstellern zugelassen“ werde, ferner, dass „eine *in integr. rest.* wegen Minderjährigkeit gegen Versehen und Versäumnisse des Vaters bei der Administration der Adventitien“ zulässig sei.

Man muss der Ansicht Francke's einräumen, dass sie konsequent ist, konsequenter als Justinian in L. 2 cit. — Nachdem der Kaiser zwei ältere Meinungen in Betreff der Zulässigkeit der *in integr. rest.* gegen Eltern und Patrone verworfen hatte, deren erste dahin ging, dass Kindern gegen ihre Eltern und Freigelassenen gegen die Patrone entweder nur *ex magna caussa integri restitutio* gewährt werde, aus Rücksicht auf die diesen Personen schuldige Pietät, oder

wenn dieselben selbst *personae turpes* wären; deren zweite die *in integr. rest.* nur für den Fall zuliess, da der *minor* in Folge seiner eigenen Ungeschicklichkeit Schaden erfahren, nicht aber *dolus patris vel patroni* vorliege: geht er zu einer neuen von ihm herrührenden Ansicht über, und lässt überhaupt in keinem Falle gegen Eltern und Patrone eine Restitution zu, „*ut maneat in omnibus honor parentibus et patrono vel patronae illibatus atque intactus*“. Streng genommen würde auch bei Zulässigkeit der *in integr. rest.* der Eltern und Patrone *honor illibatus atque intactus* bleiben: die *in integr. rest.* hat keine Ehrenminderung zur Folge, und unrichtig ist der von den infamirenden Klagen hergenommene Schluss, da diese gegen Eltern unzulässig sind, demgemäss auch die *in integrum restitutio* für unstatthaft zu erklären. Es ist auffallend und offenbar ein Widerspruch in der Auffassung der Rechtsinstitute, wenn das Römische Recht an Stelle der *actio doli* gegen die Eltern eine *in factum actio* zulässt, aber keine *in integr. rest. propter dolum parentum*. Allein Justinian fasst seine Konstitution allgemein und untersagt jede Restitution der Kinder gegen die Eltern, der Freigelassenen gegen ihre Patrone, er spricht nicht von Minderjährigen allein: der Schlusssatz der genannten Konstitution ist auf den Anfang derselben zu beziehen, wo von der Streitfrage die Rede ist, *an liberi parentes suos sqq. in querimoniam deducere possent*, es wird von *liberi* allgemein gesprochen, nicht blos von *minores*.

Diese Auffassung widerspricht auch nicht L. 27 §. 4 D. de min., welche die Behauptung aufstellt, dass die *restitutio* auch gegen diejenigen gehe, welche der *actio doli* nicht unterliegen, wofern nicht gewisse Personen ausgenommen seien. Man darf nicht auf Grund dieser Stelle behaupten: Unter den *exceptae personae* sind eben die Eltern zu verstehen, gegen welche den Minderjährigen die Restitution versagt ist. Denn fasse man die Stelle in unserem Sinne, so wäre eben die Klasse derjenigen Personen erschöpft, gegen welche *actio doli* verwehrt wird, und der Satz müsse alsdann allgemein lauten: *Adversus eos quoque restitutio non praestanda est, quorum de dolo agere non permittitur*. Dass eine solche Argumentation falsch wäre, geht aus L. 11 §. 1 D. eod. hervor, wo neben den von uns als auf Grund

der L. 2 C. cit. von der Restitution befreiten Personen noch andere genannt werden, welche nicht als *speciali lege exceptae* angesehen werden dürfen.

Demgemäss ist die Ansicht Francke's nicht festzuhalten, im Gegentheil Burchardi¹⁾ und, so viel bekannt, allen Neuern²⁾ zu folgen, dass L. 2 C. cit. von der Unzulässigkeit der *in integr. rest.* Seitens der Kinder gegen die Eltern, der Freigelassenen gegen die Patrone spreche.

Von dieser Ausnahme statuiren die Meisten wiederum zwei resp. drei Ausnahmen, nemlich

a) die, dass der minderjährige Sohn gegen eine nachtheilige Arrogation Restitution fordern kann (L. 3 §. 6 D. de min.), und

b) die, dass der emancipirte Sohn, dem der Vater durch rechtskräftiges Urtheil die geschehene Emancipation abgestritten hat, gegen dieses Urtheil Restitution erhalten kann (L. 2 C. si adv. rem iud. (2, 27).

Savigny behauptet, diese beiden Fälle seien keine Ausnahmen, und hat hierin Recht. Ist die Restitution als begründet erkannt, so wird eben das elterliche Verhältniss verneint, das Verhältniss zwischen Vater und Sohn existirt juristisch nicht, und demnach geht die Wiedereinsetzung gegen eine Person, die im ersten Fall nicht Vater ist, im zweiten aufgehört hatte, es zu sein.

Wenn aber Burchardi³⁾ und nach ihm Vangerow⁴⁾ als weitere Beweisstelle

L. 8 §. 1 C. de bon. quae lib. (6, 61) anführen, so gehört dieselbe durchaus nicht in die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Sie handelt vom prätorischen Erbrechte, demzufolge der Prätor die *emancipati* in der Klasse *unde liberi* zur *bonorum possessio* berief. Es würde Vangerow schwer fallen, diese Stelle von einer *in integr. rest. propter capitis deminutionem* anzunehmen, was für ihn der einzige Ausweg wäre. Ebenso-

¹⁾ a. a. O. S. 118 f.

²⁾ z. B. Savigny S. 224, Brinz S. 126 u. A. m.

³⁾ S. 121.

⁴⁾ §. 178 Anm. 2¹⁾.

wenig enthält eine *in integr. rest.* die von letzterem Gelehrten noch angeführte

L. 9 pr. C. Theod. de bon. damn. (9, 42).

Aehnlich steht die Sache mit der sogenannten dritten Ausnahme, dass der minderjährige Sohn sich gegen die Ausschlagung einer Erbschaft, welche der Vater dann für sich entweder angetreten oder ebenfalls ausgeschlagen hat, restituieren lassen kann⁵⁾: die Savigny'sche Ansicht⁶⁾ ist die einzig richtige, dass die Restitution nicht gegen den Vater gehe, sondern die fremde dritte Person.

Nur einen Fall enthalten die Quellen, in dem eine Restitution gegen die Eltern zulässig ist: Nov. 155 cap. 1. Sind die Eltern Vormünder des Kindes gewesen, so soll gegen sie Restitution erbeten werden dürfen⁷⁾.

2) Die einmal gesuchte Restitution kann aus denselben Gründen nicht zum zweiten Male verlangt werden,

L. 2. 3 C. si saepius (2, 44)⁸⁾.

Die als Ausnahme betrachteie

L. 7 §. 9 D. de min.

ist keine wirkliche Ausnahme, da sie dem Minderjährigen das besondere Recht ertheilt, wenn er gegen die Antretung oder Ausschlagung einer Erbschaft Restitution erlangt hat, gegen diese Restitution wieder restituirt zu werden.

3) Verzicht hebt die Restitution auf. — Dies geht aus der Natur des Verzichtes hervor, denn *unicuique licet contemnere haec, quae pro se introducta sunt*⁹⁾. Wegen der allgemeinen Natur des Verzichtes handeln denn auch die Quellen nicht ausdrücklich davon bei der *in integr. rest.*; höchstens bei der *propter min. aet.*, weil hier rücksichtlich des Alters der Begriff des mit rechtlichen Wirkungen versehenen Verzichtes erst festgestellt werden muss¹⁰⁾.

⁵⁾ L. 8 §. 6 C. de bon. quae lib. (6, 61). L. 2 i. f. C. si adv. donat. 2, 30).

⁶⁾ S. 226.

⁷⁾ Savigny eod. Göschen, Vorlesungen S. 540. — Dass diese Novelle nicht glossirt ist, hat nur für das gemeine Recht Einfluss.

⁸⁾ Paulus R. S. I, 7 §. 3 cit.

⁹⁾ L. 41 D. de min.

¹⁰⁾ L. 3 §. 1. 2 L. 20 §. 1. L. 21. L. 30 D. de min. L. un. C. si in

4) Keine Restitution gegen den von der Gegenpartei deferirten und ausgeschworenen Eid auf Grund neu entdeckter Urkunden, eben weil in der Leistung desselben ein Verzicht auf noch etwa aufzufindende Beweisstücke enthalten ist.

L. 19 L. 29 C. de transact. (2, 4)

L. 4 C. de re iudic. (7, 52)

L. 35 D. eod. (42, 1).

In L. 4 C. wird nicht gerade die Restitution verboten, sondern sie zu gewähren *exemplo grave est*; deshalb auch in L. 25 D. „*minime oportet*“. — Mit dem richterlichen Eide verhält sich die Sache anders, indem derselbe keinen Verzicht der vorhin angegebenen Art enthält, und deshalb ist gegen den vom Richter auferlegten Eid Restitution zulässig:

L. 31 D. de iureiur. (12, 2).

5) Restitution findet nicht statt, wenn der Verletzte selbst *in dolo*, und gegen die Folgen von Delikten. Minderjährige genießen hinsichtlich letzterer eine gelindere Beurtheilung¹¹⁾.

L. 9 §. 2. 5 L. 37 §. 1 i. f. D. de min.

L. 16 §. 9 D. de publ. (39, 4)

L. 1 C. si adv. delict. (2, 35)

L. 2 §. 3 C. si min. se maior. dixerit (2, 43).

Die von Burchardi¹²⁾ und Vangerow¹³⁾ noch aufgeführte L. 2 §. 3 D. de SCto. Vell. (16, 1) gehört nicht hierhin, man müsste denn mit Schröter eine *in integr. rest. ex SCto. Vell.* annehmen. Höchstens kann sie zum Vergleiche zweier ganz verschiedener, aber aus ähnlichem Prinzipie wie die *in integr. rest. propt. min. aetat.* hervorgegangenen Rechtsmittel dienen.

6) Gegen Straferkenntnisse keine *in integr. rest.* Es ist dies schon theilweise eine Folge der Nichtgewährung der Restitution gegen die Nachtheile eines Delikts. Hier kann nur die kaiserliche Begnadigung aushelfen.

comm. eademque caussa (2, 26) L. 1. 2. C. si maior fuit. (2, 46) Wetzell. System des Civilprozesses S. 633 f.

¹¹⁾ Chauveau S. 49 ff.

¹²⁾ S. 128 N. 32.

¹³⁾ §. 172. Anm. 2, 5).

L. 1 §. 9. 10 D. de post. (3, 1)

L. 45 §. 1 D. de re iud. (42, 1)

L. 27 pr. D. de poen. (48, 19).

7) Ebenso gegen den Verlust von Pönalklagen.

L. 37 pr. D. de min.

L. 18 D. quib. ex causs.

Die von Burchardi¹⁴⁾ und Vangerow¹⁵⁾ hierfür noch angeführte L. 7 §. 1 D. de iniur. (47, 10) hat mit der *in integr. rest.* Nichts zu thun.

8) Keine Restitution gegen Veräusserungen des Fiskus bei Sachen seiner Schuldner.

L. 5 C. de fide et iure hast. (10, 3).

9) Keine Restitution gegen die bestehende Ehe nach Römischem Recht, da die Scheidung ausreicht, und ebenso wenig Restitution gegen die geschiedene Ehe, da dieselbe wieder erneuert werden kann. Nur Restitution gegen die Dotalverhältnisse zulässig.

L. 6 §. 2 D. de iure dot. (23, 3)

L. 58 D. de ritu nupt. (23, 2).

Dass gegen die mit der Scheidung verbundenen Nachtheile keine Restitution gegeben wird, beruht darauf, dass dieselben Strafen sind.

L. 9 §. 3 D. de min.

10) Ferner nach Römischen Rechte keine Restitution gegen die wenigstens dreissigjährige Verjährung

L. 3 C. de praescr. XXX ann. (7, 39)

Die in den ersten 6 Auflagen mit Burchardi angenommene Ansicht, dass gegen die dreissigjährige Verjährungsfrist Wiedereinsetzung zulässig sei, hat Vangerow in der 7. Auflage aufgegeben und somit die jetzt allgemein anerkannte Ansicht Savigny's¹⁶⁾ adoptirt.

11) Nur in ausserordentlichen Fällen Restitution gegen die Verjährung der *querela inofficiosi testamenti*, nur *ex magna et iusta causa*.

¹⁴⁾ S. 132 N. 40.

¹⁵⁾ §. 178 Anm. 2, 7).

¹⁶⁾ a. a. O. Bd. 3 S. 421 ff. Vgl. noch Böcking, Pandekten des römischen Privatrechts 2. Bd. §. 149 N. 30 und die dortigen Citate.

L. 8 i. f. D. de inoff. test. (5, 3)¹⁷⁾.

12) Keine Restitution gegen den Ablauf der 5 Jahre dauernden Klagen *de statu defunctorum*.

Codex ne de statu def. (7, 21).

13) Keine Restitution gegen die anderweitige Ersitzung, von Seiten dritter Personen¹⁸⁾.

L. 3 C. de his quae vi (2, 20)

L. 4 C. si quis ignorar. (5, 73)¹⁹⁾.

14) Ferner keine prätorische Restitution gegen die Freiheit, höchstens eine solche durch den Kaiser.

L. 7 pr. D. de dolo

L. 1. 2. 3 C. si adv. libert. (2, 31)

L. 9 §. 6 D. de min.

L. 10 D. eod.

Wenn Savigny²⁰⁾ gegen Burchardi²¹⁾ bemerkt, die L. 10 D. de min. sei keine Beschränkung der L. 9 §. 6 eod., sondern enthalte „blos eine historische Notiz über die zuweilen vorkommende ungewöhnlich freie Anwendung der kaiserlichen Macht in Rechtssachen“, so geht eben aus dieser Notiz hervor, dass die Kaiser das Gebiet der *in integr. rest.* nicht für geschlossen erachteten und sich für die Gewährung der Wiedereinsetzung ein noch freieres Ermessen vorbehalten, als den Prätores zustand.

15) Nach der gewöhnlichen Ansicht soll auch gegen den Verlust dilatorischer Einreden wegen verspäteter Vorschützung derselben keine *in integr. rest.* gestattet sein²²⁾. Als Beweis wird aufgeführt:

L. 12 C. de except. (8, 36):

Si quis advocatus inter exordia litis praetermissam dilatoriam praescriptionem postea voluerit exercere; et ab hujusmodi opitulatione submotus, nihilominus perse-

¹⁷⁾ Dass Minderjährigen wie überhaupt während der Minderjährigkeit, auch die Verjährung der *querela inofficiosi* nicht läuft, bestimmt noch ausdrücklich L. 2 C. in quib. caus. in integr. rest. necess. non est (2, 41).

¹⁸⁾ Minderjährigen wird in diesem Falle die Restitution prinzipiell zugestanden. L. un. C. si adv. usucap. (2, 36) L. 39 §. 1 D. de min.

¹⁹⁾ Burchardi S. 134, Sintenis, gem. Civilrecht §. 36, N. 36.

²⁰⁾ S. 140 N. k.

²¹⁾ S. 140.

²²⁾ Vangerow §. 178 Anm. 2, 8).

veret, atque praeposterarum defensionum institerit: unius librae auri condemnatione multetur.

und Gai IV, 125:

Sed peremptoria quidem exceptione, cum reus per errorem non fuit usus, in integrum restituitur, servandae exceptionis gratia; dilatoria, vero si non fuit usus, an in integrum restituatur, quaeritur²³⁾.

Jedenfalls ist der von Burchardi und Andern hieraus gezogene Schluss gewagt. In L. 12 C. cit. ist von einer *in integr. rest.* nicht die Rede, sondern von der Strafe gegen einen Advokaten, der auf ungerechtfertigtem Wege gegen die Entscheidung des Gerichts ankämpft — lediglich einer Disciplinarstrafe. Aus Gaius geht nur soviel hervor, dass, wenn *per errorem* vom Beklagten eine peremptorische Einrede versäumt worden war, ihm im Laufe des Prozesses das Recht dieselbe geltend zu machen restituirt wurde; bei der Versäumung einer dilatorischen wurde die Frage der Restitution im konkreten Falle beantwortet und demgemäss entweder die Restitution gewährt oder abgeschlagen²⁴⁾. So wird es auch noch zur Zeit Justinian's gewesen sein, wenn auch die Restitution der peremptorischen Einreden vielleicht im Laufe der Zeiten überflüssig geworden ist.

16) Früher²⁵⁾ wurde noch die Behauptung aufgestellt, dass gegen die Verjährung der Restitution Wiedereinsetzung unzulässig sei. Diese Ansicht ist von Savigny²⁶⁾ in überzeugendster Weise widerlegt worden.

c) EINE IUSTA RESTITUTIONIS CAUSSA.

§. 14.

Die Quellen führen als sog. *iustae caussae in integr. restitutionis* folgende sechs auf:

²³⁾ Dass die Restitution der peremptorischen Einreden nur solchen Personen zugestanden war, denen die Unterlassung nicht zugerechnet wurde, geht hervor aus L. 2 C. sent. resc. non posse (7, 50).

²⁴⁾ Vgl. noch Puchta, Institutionen §. 170 N. x und vorzugsweise Keller, Civilprozess S. 147 f. und N. 392.

²⁵⁾ Burchardi S. 134, Puchta. Pandekten §. 107 N. h, Sintenis S. 369 u. 388 u. A. m.

²⁶⁾ S. 258, Vangerow §. 178 a. E.

Metus, dolus malus, minor aetas, absentia, capitis deminutio und *error*.

L. 1. 2. D. de in integr. rest. (4, 1).

Paul. R. S. I, 7 §. 2.

Mit dieser Reihenfolge harmoniren im Grossen und Ganzen die Rubriken der Digestentitel des 4. Buches und der Codextitel im 2. Buche; die einzige Ausnahme macht der *error*.

Dig. 4, 2: Quod metus causs. Cod. 2, 20.

Dig. 4, 3: De dolo. Cod. 2, 21.

Dig. 4, 4: De minoribus. Cod. 2, 22.

Dig. 4, 5: De capit. dem.

Dig. 4, 6: Ex quib. causs. maior. Cod. 2, 51.

Aus der Reihenfolge der einzelnen Restitutionsgründe zieht Savigny¹⁾ den Schluss, dass dieselbe die Zeit der Einführung bezeichne, und stellt gemäss diesem Schlusse die verschiedenen Restitutionsgründe nach dem Alter folgendermassen auf:

1) Zwang.

2) Betrug.

3) Minderjährigkeit.

4) *Capitis deminutio*.

5) Abwesenheit.

6) *Alienatio iud. mut. caussa*²⁾,

7) Irrthum.

Diese Behauptung unterstützt Savigny durch den Umstand, „dass die Hauptstellen des Ulpian in der Restitutionslehre aus dem lib. XI und XII ad Edictum genommen sind“, ebenso wie die des Paulus. Dies ist sehr richtig. Diese Hypothese Savigny's muss aber in sich zusammenfallen, wenn wir nachweisen, dass das Edikt über Zwang und Betrug nicht die Restitution sondern die ordentlichen Klagen im Auge hatte. Rücksichtlich des Alters der einzelnen Restitutionsgründe scheint uns die *propter absentiam* die älteste zu sein. Ihr nahe stehen die Restitutionen *propter capitis deminutionem* und *error*; in die gleiche Zeit oder kurz nachher fällt die *restitutio propter minorem aetatem* und am spätesten ist die *restitutio propter metum* und *dolum*. Der

¹⁾ S. 134.

²⁾ Siehe oben §. 8.

Beweis hierfür wird sich in der folgenden Darstellung finden. Nichtsdestoweniger werden wir aus innern Gründen eine andere Reihenfolge beobachten:

- 1) *Absentia rei publ. causa* und sog. *clausula generalis*.
- 2) *Minor aetas*.
- 3) *Metus* und *dolus malus*.
- 4) *Error*.
- 5) *Capitis deminutio*.

- 1) Restitutio propter absentiam und ex clausula generali.

§. 15.

Das Edikt hierüber als *de maioribus* wird in den Digesten sowohl als im Codex dem über die *minor aetas* entgegengestellt. Logisch scheint dies nicht zu sein, denn sonst wären die Edikte über die andern Restitutionsgründe überflüssig gewesen, und man hätte einfach nur zu unterscheiden brauchen zwischen *in integr. rest. maiorum* und *in integr. rest. minorum*. Deshalb muss der Grund dieser Entgegensetzung ein anderer sein; er ist ein historischer. Mit dieser Behauptung ist aber zunächst nicht viel gesagt, und vorzugsweise taucht die Frage auf, welches Edikt, das *de minoribus* oder das *de maioribus* das ältere ist. Burchardi (S. 148 ff.) erklärt die Bezeichnung des Edikts über die Abwesenheit als *restitutio maiorum* folgendermaassen: „Das prätorische Edikt enthielt als Gründe der eigentlichen Wiedereinsetzung nur Abwesenheit, Minderjährigkeit, *capitis deminutio* und einen besonderen Fall des Irrthums“, beide letzteren wohl später, und deshalb *restitutio maiorum* einerseits, *restitutio minorum* andererseits. Hätte damals schon die Restitution wegen *capitis deminutio*, *error*, *metus* und *dolus*, bei denen das Alter des Verletzten gleichgültig ist, existirt, „so hätte sich jener Sprachgebrauch nicht wohl bilden können.“ So weit Burchardi. Savigny S. 163 vertritt die gerade umgekehrte Ansicht, wenn er sagt, „dass zur Zeit der alten Juristen, aus deren Schriften die Digesten entstanden sind, die drei anderen Fälle (Zwang, Betrug, Irrthum) in der Lehre von der Restitution so sehr im Hinter-

grund standen, dass man bei einer Uebersicht dieses Instituts füglich die Minderjährigkeit und Abwesenheit als einzig erheblichen Fälle ins Auge fassen durfte.“ Es hängt diese Anschauung Savigny's mit seiner unrichtigen Ansicht von der Reihenfolge der Restitutionsgründe zusammen. Wir haben uns hier vorgenommen, die Meinung Burchardi's ausführlicher darzulegen.

Ursprünglich ist die *restitutio maiorum* technisch in *integrum restitutio propter absentiam rei publicae caussa*¹⁾ genannt worden. Diese Bezeichnung finden wir in den meisten Stellen dieser Materie, und was nicht ausser Acht zu lassen in L. 1 D. de in integr. rest. und L. 1 §. 1 D. ex quib. caus. maiores. Wäre die Behauptung als richtig nachzuweisen, dass die *in integr. rest. propt. absentiam* die älteste Art der Restitutionen sei, zu welcher in der Folge die *propt. minorem aetatem* getreten sei als *rest. minorum* und hätte es keine andere *causae in integr. rest.* damals gegeben, in Folge wessen Umstandes die *in integr. rest. propt. absent.* sich der *rest. minorum* gegenübergestellt habe als *rest. maiorum*, so wäre dieses Faktum erklärt.

Jedenfalls ist die *in integr. rest. propt. absent.* sehr alten Ursprungs. Dies deutet auch Rudorff, Röm. Rechtsgeschichte I, S. 148 an, wenn er sagt:

„Zu diesen provisorischen und definitiven Schutzanstalten“ (d. h. den *formulae in ius* und *in factum conceptae*, den *praescriptiones* und *exceptiones*) „ist dann als dritter und jüngster Bestandtheil seit der *lex Plaetoria* und den überseeischen Kriegen der Schutz gegen das *ius civile* durch *in integr. rest.* hinzugekommen.“

Eine Entscheidung für das höhere Alter der einen oder der andern *in integr. rest.* gibt hierin Rudorff nicht; auch geben die Fassungen der hierauf bezüglichen Edikte wohl schwerlich genügende Anhaltspunkte, das Urtheil nach der einen oder andern Seite zu sprechen.

Vor Savigny war es allgemein anerkannt, dass eine gewisse *actio Publiciana rescissoria*, die in grössern oder geringern Zusammenhang mit der *actio Publ. exemplo vindicationis* gebracht wurde, die Grundlage des Edikts über die

¹⁾ Dagegen Francke S. 84.

rei publ. caussa absentes bilde. Diese Ansicht ist von Savigny in scharfsinnigster Weise widerlegt worden, und es genügt hier die blosse Verweisung auf dessen Darstellung.

a. a. O. S. 188 ff. u. Beilage XIX. S. 292 ff.

Dass aber doch die *in integr. rest. propter absentiam* sehr alten Datums ist, geht aus Ter. Phormio II, 4 v. 10—12 hervor: — „*quod te absente hic filius egit, restitui te in integrum aequom est et bonum, et id impetrabis*“.

Der Phormio soll 593 urb. zuerst auf die Bühne gebracht worden sein; jedenfalls aber vor 595, in welches Jahr man den Todestag des Terenz setzt. — Also Terenz kannte die *in integr. rest. absentium* schon, oder wäre vielleicht an eine andere *restitutio*, etwa die *propt. min. aet.* zu denken?, so dass das Verhältniss dieses wäre: In Abwesenheit des Vaters hat der *filiusfamilias (minor aetate)* Geschäfte des Vaters geführt, in denen dieser Schaden erfahren hat, der Vater erhält gegen diese Geschäftshandlungen Restitution. Diese Annahme widerspricht aber L. 3 §. 4 D. de min. Dächte man sich aber die Sache so, dass die dem Sohne zu gewährende *in integr. rest.* dem Vater zu Gute komme, und dass dieser gleichsam der *in integr. rest.* theilhaftig würde, so ist, abgesehen von der sprachlichen Unzulässigkeit dieser Deutung, dagegen zu erinnern, dass in dieser Zeit der *filius minor* nur die *exceptio leg. Plaet.* hatte und dass in der kurzen Zeit, seit letztere sich bei Plautus zeigt²⁾, dieselbe noch nicht zur *in integr. rest.* entwickelt sein kann. Ist vielleicht an ein anderes Rechtsmittel zu denken, das damals, als der Begriff der Restitution jedenfalls nicht so feststehend war, wie in der späteren Zeit, mit dem Namen der *in integr. rest.* belegt sein durfte? Auch dieser Gedanke muss aufgegeben werden, wenn wir die ganze Fassung der Stelle in's Auge fassen: „*restitui te in integrum aequom est et bonum*.“ — Es bleibt demnach nichts Anderes übrig, als an eine *in integr. rest. propt. absentiam* zu denken. Allerdings hatte dieselbe zur Zeit des Terenz nicht die Bedeutung, welche sie später erlangte, allein ihre Existenz ist deshalb doch anerkannt.

Man darf nicht sagen, hätte zur Zeit Terenz' die *in in-*

²⁾ Siehe unten §. 23.

tegr. rest. propt. absentiam existirt, wozu alsdann noch ein SC Lutatianum a. 676, von dem Rudorff, Röm. Rechtsgeschichte I, S. 222 u. II S. 229 N. 11 spricht? Die Gesetzgebung durch SCta hat eben einen ganz eigenthümlichen Charakter und trat erst da ein, wo die alten Rechtsmittel und die prätorische Macht nicht ausreichten und zwar häufig, wo die ordentliche Legislation der Comitien nicht zweckmässig oder unmöglich erschien. So auch in unserm Falle. Die prätorische Macht reichte zu dieser *lex specialis*, welche *in integr. rest.* wegen Rechtsversäumnisse an drei *griechische* Schiffskapitäne gewährte, nicht aus, und nach den sullanischen Unruhen war ausserdem der Schwerpunkt der Gesetzgebung im Senat zu suchen. Römische Bürger hätten schon *in integrum restitutio* erhalten, ihnen konnte der Prätor sie gewähren, Fremden nicht.

Gehen wir nunmehr zum Edikt selber über. Dasselbe lautet nach der Savigny'schen Verbesserung:

Si cuius quid de bonis, cum is metu, aut sine dolo malo, reipublicae causa abesset: inve vinculis, servitute, hostiumque potestate esset: sive cuius actionis eorum cui dies exisse dicetur. Item, si quis quid usu suum fecisset, aut quod non utendo sit amissum, consecutus esse, actioneve, qua solutus ob id, quod dies eius exierit, cum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret: aut cum eum invitum in ius vocari non liceret, neque defenderetur: cumve magistratus de ea re appellatus esset, sive cui per magistratus sine dolo ipsius actio exempta esse dicetur: earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit. Item si qua alia mihi iusta caussa esse videbitur, in integrum restituum: quod eius per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum licebit.

Auf den ersten Blick ersehen wir aus dieser Stelle, dass die Prätores vielfach daran herumgearbeitet haben, weshalb das nunmehrige Edikt gleichsam die Ablagerungen aufeinanderfolgender Decennien in sich enthält. Ursprünglich muss das Edikt ganz anders gelautet haben, es kann in der Zeit der Republik nicht von *edicta decreta Principum* gesprochen haben, und rühren diese Zusätze durch die Prä-

toren zur Kaiserzeit her. Wir sehen dies auch aus anderen Stellen, z. B.

L. 15 §. 3 h., wo Ulpian ein in dem Edikt seiner Zeit vorkommendes Wort erklärt, das in der jetzigen Fassung sich nicht vorfindet:

Sed, quod simpliciter Praetor edixit, „postea“ ita accipiendum est sqq.

Ferner in L. 26 §. 7, wo eine Bestimmung des Edikts, die Gaius Cassius als Prätor aufgestellt hatte, referirt wird, von der wir ebenfalls keine Spur in L. 1 entdecken.

Ist demnach das jetzt im *corpus iuris* befindliche Edikt nicht das ursprüngliche, so folgt daraus, dass aus der jetzigen Fassung kein Schluss für das jüngere Alter desselben zu ziehen ist. Dies hat Savigny gethan, und so kam er zu der Behauptung, dass das Edikt über die Abwesenheit eins der jüngsten sei, jünger als das über Zwang und Betrug und das über die Minderjährigkeit. Wenn Savigny sich darauf stützt, dass die Hauptstellen des 6. Titels aus Ulp. und Paul. lib. XII ad Edictum herrührten, während die des 2. 3. 4. Titels aus lib. XI ad Edict. genommen sind, so folgt aus dieser Wahrnehmung nicht mehr, als dass die Kommentatoren des Edikts über die Abwesenheit nicht mehr die ältere Fassung, sondern eine neuere vor sich hatten, und diese konnte allerdings jünger sein als die weniger veränderten Edikte über Zwang, Betrug und Minderjährigkeit.

Im Gegentheil ist die Restitution wegen Abwesenheit die älteste, älter als die wegen *minor aetas*, älter als die wegen *metus* und *dolus*, da die auf letztere bezüglichen Edikte zunächst nicht auf die *in integr. restitutio*, sondern auf die *actio q. m. c.* und *actio doli* angewendet wurden, wenn auch die von Burchardi S. 213 gemachte Wahrnehmung, dass die *in integr. rest. minorum* nicht höher nach den in tit. 4 vorkommenden Stellen hinaufzuführen sei, denn bis auf Aristo, den Zeitgenossen Trajans, wie nachher zu zeigen, unrichtig ist.

§. 16.

Wir unterscheiden in diesem Edikt drei Theile. Nach der ersten Bestimmung erhalten die aus bestimmten Gründen *rei publicae* abwesend Gewesenen Restitution gegen Nach-

theile, die ihren Ursprung in eben dieser *absentia* haben; nach der zweiten wird umgekehrt Denjenigen Restitution gewährt, welche in Folge Abwesenheit der Gegenseite ihre Rechte nicht geltend machen konnten und eben dadurch Nachtheil erfahren haben; nach der dritten endlich, der sog. *clausula generalis*, verspricht der Prätor noch in anderen näher zu erörternden Fällen Restitution. Fassen wir den ersten Theil ins Auge, so ersehen wir, dass demjenigen sowohl, welchem im Falle der Abwesenheit in Staatsangelegenheiten durch diese Abwesenheit — ein vermögensrechtlicher Nachtheil entstanden ist, als auch demjenigen, welcher als Gefangener bei dem Feinde gehalten wurde, mag dieser Nachtheil in einer positiven Verminderung seines aktiven Vermögens¹⁾ bestanden haben oder in dem Verlust einer Klage, vom Prätor Restitution ertheilt wird. Es möchte wohl etwas gewagt sein, aus den schwerfällig alterthümlichen Worten einen Schluss auf das Alter dieses Edikts zu ziehen: bemerkenswerth bleiben sie aber deshalb nicht minder. Demnach sind hier zwei Fälle zu unterscheiden, einmal der, wo Einer in gerechtfertigter Abwesenheit eine positive Einbusse an seinem Vermögen erlitten hat²⁾, ein zweitesmal der, wo Jemand in Folge dieser Abwesenheit durch Zeitablauf eine bisher ihm zustehende Klage verloren hat. Dass diese Abwesenheit eine gerechtfertigte sein müsse, drückt das Edikt exemplificirend aus:

cum is metu, aut sine dolo malo rei publicae causa abesset; inve vinculis, servitute hostiumque potestate esset.

Also zunächst die aus Furcht Abwesenden erhalten die *in integr. rest.* Rücksichtlich des *metus* gelten übrigens die Bestimmungen dieses Begriffs in Dig. 4, 2, worüber man

vgl. L. 2 §. 1 L. 3 D. ex quib. caus.

Von wo man abwesend gewesen sein müsse, ist nicht näher angegeben, es ist deshalb an den Orf zu denken, wo man als Anwesender den Schaden hätte verhüten können. Dann ferner die *rei publicae causa absentes*, deren Begriff

¹⁾ An eine Verminderung des Vermögens durch Contrahirung von Schulden ist nicht zu denken. Dies bezeugen die Worte „*earum rerum actionem* (nemlich gegen positiven Verlust) *in integrum restituum*“. Fritz, Linde's Zeitschrift a. a. O. S. 45.

²⁾ L. 15 §. 2 §. 3 L. 23 §. 2 D. h. t.

näher noch zu bestimmen ist. Das Römische Recht erachtet alle diejenigen als *sine dolo rei publicae caussa* abwesend, welche im Militärdienste oder in Civilstellung des Staates standen. Für diese beiden Categorien gelten aber besondere Bestimmungen. Der *miles* wird während seiner Dienstzeit, selbst in der Heimath³⁾, schon als abwesend betrachtet.

L. 7. L. 35 §. 4 L. 45 D. h. t.

L. 6 C. de rest. mit. (2, 51),

nur mit der Ausnahme, dass ihm gegen versäumte Appellation dieses Rechtsmittel versagt bleibt⁴⁾. Anders verhält es sich mit dem Civilbeamten: Dieser wird nur dann als abwesend gelten, wenn er wirklich von seinem Wohnorte als Beamter des Staates entfernt ist⁵⁾. Ausgeschlossen sind diejenigen, welche freilich in Staatsangelegenheiten, nicht aber als Beamte des Staates abwesend sind, z. B. als Schreiber von einem Beamten in die Fremde mitgenommen worden⁶⁾. — Eine Durchreise in Dienstgeschäften durch den Wohnort nöthigt nicht zur Bitte um Restitution, man braucht dieselbe erst bei der definitiven Rückkehr anzustellen. Bei allen diesen Fällen ist aber das Erforderniss festzuhalten, dass derjenige, welcher die Restitution erbittet, nicht *dolo malo* abwesend gewesen, worunter sowohl der zu verstehen, welcher ohne Grund in der Fremde zum Nachtheile der Gegenseite verweilt, als der, welcher, bevor der Termin hierzu eingetreten, abgereist ist, oder seinen gerechtfertigten Aufenthalt in der Fremde verlängert hat⁷⁾.

Ursprünglich scheint das Edikt sich nur auf die Verwalter der Provinzen und das aktive Militair bezogen zu haben; andere Beamten des Staates, resp. des Fürsten scheinen ursprünglich nicht die Vorthelle derselben genossen, sondern erst durch den dritten Theil des Edikts erhalten zu haben. Dies geht hervor aus

³⁾ Jedoch nicht, wenn er den Urlaub dort zubringt: L. 1. D. de re milit. (49, 16).

⁴⁾ L. 20 §. 2 D. de appell. (49, 1).

⁵⁾ L. 5 §. 1 L. 6 D. h. t.

⁶⁾ L. 33 §. 1 D. h. t.

⁷⁾ L. 4. L. 5 pr. L. 34 §. 1 L. 36. L. 38 pr. L. 42 D. h. t. L. 4 C. de rest. mit. (2, 51). — L. 37. L. 38 §. 1 D. h. t. L. 8 C. de rest. mil.

L. 26 §. 9 D. h. t.

L. 33 pr. D. eod.

L. 35 §. 2 eod.

Ob die Stadtgemeinden aber Restitution auf Grund des Edikts *de absentia* oder des *de min.* wie Savigny S. 160 annimmt, erhalten haben, darüber scheinen auf den ersten Blick sich die Quellen zu widersprechen.

Nach L. 22 §. 1 D. h. t. bezieht sich das Edikt über die Abwesenheit *etiam ad furiosos et infantes et civitates*, wie Labeo behauptet.

Diese drei Klassen werden von Labeo auf eine Linie gestellt; nun gehören aber nach einer grossen Zahl von Stellen die *infantes* unter die Bestimmungen des Edikts *de minoribus*. Der Grund dieser scheinbaren Verschiedenheit ist der, dass Labeo die Abwesenheit resp. Unvertretenheit der *infantes*, *furiosi* und *civitates*, wenn gegen dieselbe geklagt werden sollte, nach dem Edikt *de absentia* behandelte⁸⁾, während man, wenn dieselben selbst klagen wollten, das Edikt *de min.* auf sie anwandte. Daraus erklärt sich denn auch die Behandlung der *civitates* in

L. 4 C. quib. ex caus. (2, 54):

Res publica minorum iure uti solet, ideoque auxilium restitutionis implorare potest.

Einen Zwiespalt der Ansichten anzunehmen, indem einige Juristen die *civitates* bei dem Edikt *de minoribus*, die Andern bei dem *de absentia* behandelt hätten, ist demgemäss unzulässig und die Meinung Savigny's richtig.

Diesen *metu aut sine dolo malo rei publicae causa absentes* werden gleichgestellt diejenigen, welche als im Gefängnisse oder in der Gewalt der Feinde an ihrem Vermögen Schaden gelitten oder eine Klage durch Ablauf der Zeitfrist verloren haben. Es kommt bei den *in vinculis* Befindlichen nicht darauf an, ob sie *absentes* sind oder nicht; das Recht nimmt eine *absentia* an, auch wenn sie an ihrem Wohnorte im Gefängnisse sind; also schon eine Ausdehnung des Begriffs der *absentia* oder eine eigenthümliche Auffassung desselben. Mit Recht bemerkt Savigny S. 171 in Betreff der *in hostium potestate* Befindlichen, dass dabei nicht an Kriegs-

⁸⁾ Vgl. noch princ. h. l.

gefangene zu denken sei, indem dieselben schon vorher als *rei publicae caussa absentes* erwähnt worden sind, sondern an Civilpersonen, und zwar hier nicht allein an diejenigen, welche „bei einem feindlichen Einfall in das Römische Gebiet von den Feinden in Gefangenschaft abgeführt wurden“, sondern auch jedenfalls an diejenigen, welche durch Occupation ihres Gebietes durch den Feind in der Unmöglichkeit waren, ihre Rechte gegen Römische Bürger geltend zu machen. Letzteres berücksichtigt Savigny nicht.

Gegen eine unterbrochene Ersitzung erhalten aber die in feindliche Gefangenschaft Geführten keine Restitution, eben weil der Besitz nach Römischem Recht nur ein *factum*, kein Recht ist. Durch die Unterbrechung des Besitzes verliert der Gefangene kein Recht, denn er hat noch keins gehabt; also kann ihm dasselbe auch nicht wieder hergestellt werden⁹⁾. Das *factum* des Besitzes endigt durch die Gefangennahme, und eben deshalb kann ihm nach erlangter Freiheit nur ein neuer Besitz gewährt werden¹⁰⁾.

So viel über den ersten Theil des Edikts. Die Bestimmungen desselben wurden gemäss der *clausula generalis* auch noch auf andere Personen als die schon angeführten ausgedehnt, namentlich:

1) auf die Ehefrauen der Soldaten und anderer in Staatsangelegenheiten Abwesenden, welche mit ihren Männern denselben Aufenthalt theilen¹¹⁾;

2) auf diejenigen, welche *ita alligati sunt, ut sine dedecore in publico comparare non possint*¹²⁾;

3) auf die Aerzte bei den Armeen¹³⁾;

4) auf diejenigen, welche durch Vertrag versprochen und durch Bürgen versichert haben, einen bestimmten Ort nicht zu verlassen, nach Analogie der in Gefangenschaft Befindlichen¹⁴⁾;

⁹⁾ L. 19 D. h. t. L. 20.

¹⁰⁾ Die dem Gefangenen zwischenzeitlich entzogenen Nutzungen müssen ihm jedoch ersetzt werden. — L. 23 §. 2 D. h. t.

¹¹⁾ L. 1. 2. C. de uxorib. milit. et eorum qui (2, 52).

¹²⁾ L. 10. D. h. t.

¹³⁾ L. 35 §. 2. D. h. t.

¹⁴⁾ L. 28 §. 1 D. h. t.

5) auf diejenigen, welche *studiorum causa* abwesend sind¹⁵⁾;

6) auf gewisse *procuratores Caesaris* und *advocati fisci*¹⁶⁾.

7) Gemäss Rescript verschiedener Kaiser auf die *legati civitatum*¹⁷⁾.

8) Auf die *relegati* und *deportati*, jedoch nicht in gleicher Weise¹⁸⁾.

9) Auf den Servitutberechtigten, wenn ihm die Gerechtigkeit in Folge höherer Gewalt vermittelt Verjährung entzogen worden ist¹⁹⁾.

10) Auf ungeborene Kinder gemäss

L. 45 pr. D. de min.,

welche Stelle in den *tit. de min.* gestellt worden, eigentlich aber hierhin gehört²⁰⁾.

Die Ursache der Abwesenheit muss nach L. 28 pr. D. h. t. eine *probabilis* sein. Darunter ist nicht an eine „lößliche“ Abwesenheit zu denken, wie Savigny S. 174 annimmt, um alsdann gegen diese Vorschrift zu polemisieren²¹⁾, sondern an eine gerechtfertigte. In dieser Weise ist die Unterscheidung Savigny's in nothwendige oder willkürliche, lößliche²²⁾ oder unlößliche ausserst überflüssig, und es kommt nur darauf an, ob die Abwesenheit durch Nothwendigkeit oder einen sonstigen Grund gerechtfertigt ist²³⁾.

§. 17.

Im Zusammenhange mit diesem Theile des Edikts steht eine wichtige Frage, die von den bezüglichen Stellen des

¹⁵⁾ L. 28 pr. D. h. t.

¹⁶⁾ L. 33 pr. L. 35 §. 2 D. h. t.

¹⁷⁾ L. 86 pr. D. de acquir. hered. (29, 2) L. 8 D. h. t. L. 1 C. h. t. (2, 54).

¹⁸⁾ L. 26 §. 1. L. 40 §. 1 D. h. t.

¹⁹⁾ L. 34 §. 1 L. 35 D. de servit. (8, 3). L. 14 pr. D. quemadm. serv. (8, 6). L. 1 §. 9 D. de itin. (43, 19).

²⁰⁾ Die von Savigny S. 173 als *ex clausula generali* noch angenommene Restitution aus L. 3 §. 30. §. 31 D. de SCto Vell. (29, 5) ist richtiger mit Windscheid §. 118 N. 7 §. 119 N. 10 als *restitutio propt. errorem* aufzufassen.

²¹⁾ Windscheid §. 119 N. 5.

²²⁾ Die Abwesenheit *studiorum causa* ist ja sogar vielfach eine sehr unlößliche!

²³⁾ L. 26 §. 9 i. f. D. h. t. vgl. mit L. 28 pr. D. h. t.

corpus iuris, wie es scheint, verschieden beantwortet wird. Es ist die Frage, ob der Abwesende auch dann Restitution erhalte, wenn er vertreten gewesen, und ob derselbe einen Vertreter zurücklassen muss. Der Grund, dass die Quellen keine ganz bestimmte Antwort hierauf geben, liegt darin, dass das *corpus iuris* weniger allgemeine Grundsätze aufstellt, als vielmehr konkrete Fälle berücksichtigt und hiefür seine Entscheidungen fällt. Demgemäss wird aus diesen Einzeläusserungen, wenn überhaupt möglich, das leitende Princip aufgestellt werden müssen; und dies geschieht im Folgenden, der Art, dass zuerst die betreffenden Stellen aufgeführt und alsdann das Resultat derselben zusammengestellt werden soll:

1) L. 8 D. de in integr. rest. (Macer):

Inter minores vigintiquinque annis, et eos qui rei publicae causa absunt, hoc interest: quod minores annis etiam, qui per tutores curatoresve suos defensi sunt, nihilominus in integrum contra rem iudicatam¹⁾ restituuntur, cognita scilicet causa: ei vero, qui rei publicae causa absit, caeteris quoque, qui in eadem causa habentur, si per procuratores suos defensi sunt, hactenus in integrum restitutione subveniri solet, ut appellare his permittatur.

Minderjährige erhalten auch in den Fällen Restitution, wo sie bei Prozessen durch ihre gesetzlichen Vertreter vertheidigt worden sind; *rei publicae c. absentes* aber und diejenigen, welche in Folge der *clausula generalis* diesen gleichgeachtet werden, erhalten in derselben Lage nur insoweit Restitution, als ihnen die versäumten Appellationsfristen wiederhergestellt werden. Wir haben es hier mit der Prozessvertretung zu thun: ist der Abwesende im Prozess vertheidigt worden, so erhält er gegen das ergangene Urtheil keine Restitution, nur gegen versäumte Appellationsfristen. Ob er einen Vertheidiger hinterlassen muss, davon schweigt die Stelle eben so sehr, als davon, ob in den Fällen aussergerichtlicher Vertretung Restitution gewährt wird oder nicht.

2) L. 39 D. ex quib. caus. (Paul.):

Is, qui rei publicae causa afuturus erat, si procura-

¹⁾ Verbesserte Lesart für das handschriftliche *rem publicam*. Vgl. Burchardi S. 446.

torem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens restitui non auditur.

Nach dieser Stelle erhält derjenige Abwesende, welcher einen Vertheidiger hinterlassen hat, keine *in integr. rest.*, d. h. gemäss L. 8 cit. keine *in integr. rest.* gegen das ergangene Urtheil. Ist kein Urtheil ergangen, so bedarf es natürlich für den Abwesenden keiner Restitution. Ob der *absens* einen Vertreter hinterlassen musste und ob ihm ebensowenig Restitution gegen andere nicht prozessualische Handlungen desselben gewährt werde, das ist noch unentschieden. Mag nun der Prokurator den *absens* gut vertheidigt haben oder schlecht, oder überhaupt gar nicht, jedenfalls hat dieser ihn zu jenem Zwecke hinterlassen; *in integr. rest.* erhält er gegen das auch etwa *in contumaciam* ergangene Urtheil nicht; denn es heisst nicht *per quem defensus est*, sondern *per quem defendi potuit*; also die Möglichkeit einer Nicht-Vertheidigung nicht ausgeschlossen. Es wäre auch gegen alle Billigkeit, wenn Jemand dadurch, dass sein abwesender Gegner einen *procurator* hinterlassen hat, der im Stande war, dessen Vertheidigung zu führen, ihn aber schlecht oder gar nicht vertheidigt hätte, zu Schaden kommen sollte. Fritz in seiner Abhandlung²⁾ ist der Ansicht, dass der Abwesende nicht gehörig vertheidigt worden ist; dies ist durchaus nicht falsch; aber ebenso richtig ist es, dass wenn der zur Vertheidigung taugliche Prokurator die Vertheidigung unterlassen hat, *in integr. rest.* dem Abwesenden nicht gegeben werden darf. Durchaus ist es Sache des Abwesenden, sich zur Vertheidigung taugliche Personen zu wählen³⁾, welche, wenn sie ihren Verpflichtungen nicht nachkommen, von ihm mit der *actio mandati* belangt werden können; Nachtheil darf in dem Falle, wo ein Prokurator bestellt ist, der Gegner des Abwesenden niemals haben.

3) L. 15 pr. D. h. t. (Ulp.):

Ab hostibus autem captis postliminio reversis succurritur, aut ibi mortuis: quia nec procuratorem habere

²⁾ S. 67.

³⁾ L. 3 §. II L. 23 D. de min.

possunt; cum aliis suprascriptis ⁴⁾ *etiam per procuratorem possit subveniri; praeter eos, qui in servitute detinentur. Ego autem etiam nomine eius, qui hostium potitus est, si curator, ut plerumque, fuerit bonis constitutus, auxilium competere existimo.*

Den in feindliche Gefangenschaft Gerathenen kommt der Prätor zu Hülfe und deren Nachkommen, eben weil es denselben unmöglich war, einen *procurator* zu bestellen. Die Art der Hülfe ist entweder Restitution oder für den Fall, dass ein Kontumacialurtheil gegen den Gefangenen ergangen ist, Nichtigkeitserklärung desselben, gemäss L. 54 pr. D. de re iud. (42, 1).

4) L. 20 pr. D. de min. (Ulp.):

Papinianus lib. II Responsorum ait, exuli reverso non debere prorogari tempus in integrum restitutionis statutum, quia abfuit: cum potuerit adire Praetorem per procuratorem: nec dixit, vel Praesidem, ubi erat.

und L. 26 §. 1 D. h. t. (Ulp.):

Adversus relegatum restitutionem faciendam ex generali clausula, Pomponius ait: sed non et ipsi concedendam, quia potuit procuratorem relinquere: ex causa tamen puto etiam ipsi succurrendum.

Hier stellt Ulpian den Grundsatz auf, dass Verbannte keine Restitution gegen das in ihrer Abwesenheit zu ihrem Nachtheile Vorgegangene erhalten, weil sie einen *procurator* sich bestellen konnten: nur in seltenen Fällen gewähre der Prätor nach Befund der Sache, *ex causa*, Restitution. Was dies für Fälle sind, ist uns gleichgültig, wir haben hier nur den ulpianischen Grundsatz festzuhalten, dass derartigen Personen im Allgemeinen keine Restitution zu Theil wird, eben weil sie sich durch einen Procurator vertreten lassen konnten.

Dies sind jedoch spezielle Fälle, und es fragt sich daher, inwiefern sie auf andere *rei publicae causa absentes* als die hier genannten anzuwenden sind. An ein ungünstigeres Recht der *exules* und *relegati*, dass denselben, weil sie zur

⁴⁾ Wer sind diese *suprascripti*? *alle absentes* mit Ausnahme der *ab hostibus capti* oder nur eine bestimmte Klasse? Es muss von diesen alii in Ulp. lib. 12 ad Edict. schon vorher gehandelt worden sein. Vielleicht denkt er an die Fälle, die im *corpus iuris* als L. 20 pr. D. de min. und L. 26 §. 1 D. h. t. aufgeführt worden.

Strafe verbannt seien, auch als Folge dieser Strafe die Restitution noch versagt würde, ist sicherlich nicht zu denken. Dass derartigen Personen Wiedereinsetzung versagt bleibe, dafür war kein anderer Grund, als der von Ulpian angegebene, nemlich die Möglichkeit, sich einen *procurator* zu ernennen; gerade wie in L. 15 pr. D. h. t. die Unmöglichkeit der Ernennung ein Grund zur Restitution war. Es trat hier das in L. 16 D. h. t. angegebene Prinzip ein: „*Non enim negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis*“.

Man sollte nun auf Grund dieser drei ulpianischen Stellen *per argumentum a contrario* zu dem Schlusse kommen, dass denjenigen, welche als *rei publ. c. absentes* einen *procurator* zu bestellen in der Lage waren, aber nicht hinterliessen, Restitution versagt werde, während denjenigen, welchen eine Bestellung unmöglich war, dieselbe gewährt wurde. Diese Folgerung wäre auch ganz der Billigkeit entsprechend, allein sie entspricht unsern Quellen nicht. Dies zeigt

5) L. 26 §. 9 D. h. t. (Ulp.):

Item, inquit Praetor: si qua alia mihi iusta causa videbitur, in integrum restituum. Haec clausula edicto inserta est necessario: multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singulatim enumerari potuerunt: ut quotiens aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum: utputa legatione quis pro civitate functus est, aequissimum est eum restitui, licet rei publicae causa non absit: et saepissime constitutum est, adiuvari eum debere, sive habuit procuratorem, sive non. Idem puto et si testimonii causa sit evocatus ex qualibet provincia, vel in Urbem, vel ad Principem: nam et hic saepissime est rescriptum subveniri. Sed et his, qui cognitionis gratia, vel appellationis peregrinati sunt, similiter subventum. Et generaliter quotiescunque quis ex necessitate non ex voluntate afuit: dici oportet, ei subveniendum.

Ganz allgemein sagt Ulpian, dass es bei einem *legatus civitatis* nicht darauf ankomme, ob er einen *procurator* gehabt habe oder nicht; die Existenz desselben schadet ebensowenig der Bitte um prätorische Hülfe als die Nicht-Existenz.

Auf den ersten Blick scheint diese Stelle andern eben

angeführten und vollends dem vorhin ausgesprochenen Schlusse zu widersprechen; zunächst L. 39 D. h. t., wo Restitution demjenigen, der einen *procurator* hinterlassen hat, versagt wird. Allein hier haben wir es mit einem Urtheil zu thun, ergangen gegen den *rei publicae causa absentem*, welches nach L. 54 D. de re iud.⁵⁾ gegen den *indefensus absens* nichtig ist, gegen den *defensus* jedoch durch *in integr. rest.* unaufhebbar. Anders verhält sich die Sache in L. 26 §. 9. Hier wird von einem Prozesse gar nicht gesprochen, ganz allgemein gesagt, dass dem *legatus civitatis ex generali clausula* geholfen werden müsse, für alle Fälle. Beachten wir hierbei den Ausdruck „*adiuvare*“ und fassen wir die Einzelheiten des allgemeinen Satzes in's Auge. Hat der *legatus* einen Prokurator hinterlassen, so kann die Folge hiervon hier für uns nur zweierlei sein, entweder war dieser ein Prozessprokurator und hat die aus dem Prozesse hervorgehenden Pflichten auf jenen übertragen, oder er hat andere aus Rechtsgeschäften entsprungene Verpflichtungen für denselben kontrahirt⁶⁾. Bei der ersten Alternative treten die Bestimmungen der L. 8 D. de in integr. rest. und der L. 39 h. t. ein, und diesen widerspricht nicht unsere Stelle, wo es heisst „*adiuvare eum debere, si habuit procuratorem*“: insoweit geht die Hülfe des Prätors, als ihm Restitution gegen versäumte Appellationsfristen freilich gewährt wird, nicht aber Restitution gegen das ergangene Urtheil. Die zweite Alternative ist schwieriger zu beantworten. Man sollte auch hier eine Versagung der Restitution erwarten; allein ausdrücklich sagt L. 26 §. 9, dass Restitution stattfinden solle. Diese Auffassung widerspricht keiner Stelle des *corpus iuris*, ist aber auch in keiner angedeutet, und demgemäss diese Stelle die einzige, die für einen derartigen Fall die Entscheidung fällt. Gehen wir nun dazu über, wo der *legatus civitatis*

5) Vgl. über diese Stelle Fritz S. 53, 57 ff., dem zuzustimmen ist, wenn er dieselbe in Verbindung mit L. 1 C. quib. ex caus. (2, 54) von der „Wiederaufnahme eines Prozesses wegen Nichtigkeit der gegebenen Entscheidung“ versteht. Sein Vorwurf, dass die Kompilatoren letztere Stelle ungeschickter Weise in die Lehre von der *integr. rest.* gestellt haben, ist vollständig gerechtfertigt und zeigt wiederum klar die mangelnde Einsicht derselben.

6) Wir lassen natürlich den Fall bei Seite, wo der *procurator* nicht einmal Gelegenheit hatte, seinen *dominus* zu vertreten.

einen Prokurator nicht hinterlassen hat. Auch in diesem Falle soll dem Vertretenen geholfen werden. Dies besagt schon in einer gewissen Beziehung L. 54 pr. de re iudic., andererseits aber existirt keine Stelle des *corpus iuris*, welche dem dergestalt Abwesenden die Verpflichtung auferlege, einen Vertreter zurückzulassen.

Deshalb auch der allgemeine Ausdruck: „*adiuvare*“ nicht „*restituere*“ oder ein ähnlicher direkt auf die Restitution hinweisender. Dieser Ausdruck schien Ulpian unumgänglich, um neben der vollständigen Restitution auch den Fall der lex 8 D. de in integr. rest., L. 39 h. t. und den der L. 54 D. de re iud. zu umfassen. — Unsere Beweisführung wird noch unterstützt durch L. 54 D. cit., wo es ganz allgemein heisst, dass einem *indefensus absens* ein gegen ihn ergangenes Kontumacialurtheil nichts schade; läge irgend welche Verpflichtung für den *absens* vor, sich einen Vertheidiger zu bestellen, so könnte Paulus in dieser Stelle nicht die allgemeine Behauptung aufstellen: *Contra pupillum indefensum eumque, qui rei publicae causa abest — propositum peremptorium nihil momenti habet*, er müsste alsdann denjenigen Abwesenden ausnehmen, welcher in der Lage gewesen, sich einen Vertheidiger zu bestellen, die Ernennung desselben aber unterlassen hat.

Dass für den *legatus civitatis* kein günstigeres Recht als den *rei publicae causa absens* existirt, sagt L. 1 C. ex quib. caus. (2, 54) und ist später ausführlicher zu zeigen.

Für hier sei nur die Bemerkung erlaubt, dass die Bestimmungen über die *legati civitatis* in L. 26 §. 9 auch auf die übrigen im engern Sinne *rei publicae causa absentes* bezogen werden müssen.

Ist die Annahme richtig, dass es für die *rei publ. caus. absentes* bei ihrer Bitte um Restitution nicht darauf ankomme, ob der *absens* vertreten oder unvertreten gewesen, so haben wir eine Ausnahme für die *exules* und *relegati* anzunehmen. Alsdann wird aus den hierauf bezüglichen Stellen das Princip aufzustellen sein, dass *rei publicae causa absentes* und die denen gleichzuachtenden *legati civitatis* auch im Falle der Vertretung gegen Rechtsgeschäfte der Vertreter Restitution erhalten, nicht aber die *exules* und *relegati*, dass erstere nicht

verpflichtet sind, einen Vertreter zurückzulassen, letztere wohl. Der Grund hiervon dürfte folgender sein:

Bei den *exules* und *relegati* gestattete das Römische Recht eine Berufung auf eine Nicht-Vertretung deshalb nicht, weil derartigen Personen immer noch Zeit gegeben war, sich für ihre Abwesenheit einen *procurator* zu ernennen, es auch als deren Pflicht erschien, für die Zeit, während welcher sie Mitglied des römischen Staates zu sein aufgehört hatten, einen Vertreter zu bestellen. Unzulässig erschien es dem Römischen Recht, dass Personen dieser Art nach ihrer Rückkehr aus der Verbannung Rechte gegen ihre Mitbürger geltend machen dürften, welche sie durch eigene Nachlässigkeit verloren hatten. — Anders war dies bei den im Dienste des Staates oder einer Stadtgemeinde abwesend Gewesenen. Wir haben gesehen, dass die im ersten Theile des Edikts aufgeführten Klassen der *rei publicae causa absentes* in allen Fällen Hülfe erhielten, und zwar auch Restitution bei nicht vorhandener Vertretung, ohne Rücksicht darauf, ob die Bestellung einer solchen den *absentibus* möglich gewesen oder nicht. In den weitaus meisten Fällen war eine Vertretung für diese Personen nach der Natur der Sache unmöglich, und die Annahme dieser Unmöglichkeit auch auf diejenigen Personen übertragen, welche streng genommen im Stande waren, sich einen Vertreter für die Zeit ihrer Abwesenheit zu ernennen. Die Anwendung des Grundsatzes, dass jeder in Staats- oder Gemeindeangelegenheiten Abwesende nicht gehalten war, einen *procurator* zu hinterlassen, zeigte sich in vielen Fällen als unumgänglich nothwendig, z. B. bei dem *miles* und Feldherr, welche beide, ersterer mit dem Momente seiner Einstellung, letzterer mit dem Augenblicke seiner Ernennung, obschon noch nicht abgereist, doch nach Römischem Recht als abwesend angesehen wurden. Es erschien die Verpflichtung für einen solchen, sich, als gesetzlich schon Abwesendem, einen Vertreter zu ernennen, theilweise unmöglich, theilweise unthunlich: es würde zu Widersprüchen geführt haben, wenn man für den Einen, weil er vielleicht noch Zeit gehabt hätte, eine derartige Ernennung zu vollziehen, über deren Möglichkeit er doch selbst am Geeignetsten urtheilen konnte, (indem er selbst am besten wissen musste, ob eine geeignete Per-

sönlichkeit hierzu vorhanden war), strenger behandelt hätte, als den andern in derselben Weise *rei publicae causa* Abwesenden, dem absolut nicht mehr die Gelegenheit gegeben war, einen derartigen Akt zu vollziehen. Deshalb nahm man an, dass die im Dienste des Staates oder eines Municipiums Abwesenden nicht in der Lage waren, für die Vertretung während ihrer Abwesenheit Sorge zu tragen⁷⁾, hingegen den *relegati* und *exules*, welche diese Möglichkeit immerhin hatten, die Pflicht aufzuerlegen, ihre Vertretung einzurichten. Hatten aber Personen der erstern Art eine Vertretung eingesetzt, welche Geschäftsführung auch andererseits ihre Vorthelle hatte, hatten sie Jemand hinterlassen, der in ihrem Namen klagen konnte, so hatten sie sich ihres ursprünglichen Rechts auf Restitution entäussert, sie mussten auch zugeben, dass derselbe verklagt werden konnte und die in Folge dessen eingegangenen Verbindlichkeiten, geschweige denn gewöhnliche Geschäftsbesorgungen anerkennen: es erschien mehr als ungerechtfertigt, den gegen einen solchen durch einen *procurator* Klagenden Schaden leiden zu lassen, weil der eigentliche Beklagte abwesend war, zumal letzterer wegen Mängel in der Vertretung gegen den *procurator* die *actio mandati* hatte⁸⁾.

§. 18.

Sehen wir nun zu, wie diese Stellen andererseits erklärt worden sind. Burchardi S. 168 berichtet, dass schon zur Zeit der Glossatoren 7 verschiedene Auslegungsversuche gemacht worden sind, zu welchen die neuere Zeit noch andere hinzugefügt hat. Wir wollen dieselben nunmehr näher in's Auge fassen:

⁷⁾ Dieser Annahme widerspricht L. 16 D. h. t. keineswegs.

⁸⁾ Die hier von uns vorgetragene Ansicht ist im Wesentlichen die von Dompierre S. 393 f. aufgestellte: Wening-Jugenheim, *Gemeines Civilrecht* 3. Bd. S. 431 hat sie adoptirt. Es ist beiden der Vorwurf zu machen, dass sie L. 54 pr. de re iud. nicht berücksichtigt haben, und in Folge dessen Wening L. 39 als Ausnahme von L. 26 §. 9 angesehen hat. Wir sind bei unserer Darstellung vorzugsweise Fritz gefolgt. — Auf die Deduktion Dompierre's soll später zurückgekommen werden. Zu bemerken ist noch, dass Savigny S. 179 N. o dieselbe andeutet, es aber für unzulässig erachtet, L. 39 „auf den Fall eines rechtskräftigen Urtheils zu beschränken“.

1) Die Ansicht des Accursius, wonach der Gesandte einer Stadtgemeinde besser gestellt sein sollte, als der im Auftrag des Staates Abwesende, von Cujaz adoptirt¹⁾, wird in der neuern Zeit, wie es scheint, nur noch von Vangerow²⁾ getheilt, und eine weitläufigere Widerlegung daher am Platze. Es widerspricht diese Auffassung zunächst L. 1 C. ex quib. causs. (2, 54), wo der *legatus civitatis* den *rei publicae c. absentes* gleichgestellt wird, also kein günstigeres Recht für sich beanspruchen kann. Die Behauptung Cujaz's, auf Grund der Basiliken, dass der *legat. civitatis* deshalb günstiger gestellt sei, weil er als im Interesse seiner Mitbürger abwesend doch nur in Folge grosser Unbilligkeit durch eben dieselben Nachtheile haben dürfte, während der *rei publicae causs. absens* „a solo principe mittitur, non decreto omnium civium“ widerspricht nicht allein der angeführten Codexstelle, sondern ist auch aus anderm Grunde falsch. Es wäre bei der Richtigkeit dieser Behauptung durchaus nicht abzusehen, wie z. B. der als Feldherr für das Wohl des Staates Kämpfende, den Staat gegen Angriffe Vertheidigende, kurz das gesamte Gemeinwesen Schützende ungünstiger behandelt werden sollte, als der einfache Stadtabgeordnete. Ersterer wirkt im Auftrage des Regenten für den gesamten Staat, letzterer im Auftrage einer Gemeinde nur für diese und doch soll ersterer weniger begünstigt werden, als letzterer. Der Grund dieser Auffassung liegt darin, wie Fritz S. 66 ff. nachgewiesen, dass man die Worte der lex 39 D. ex quib. nicht gehörig in's Auge gefasst und dieselben von einer einfachen Vertretung verstanden hat, während sie sich ausschliesslich auf eine prozessualische Vertretung bezieht³⁾.

2) Ganz richtig ist, wenn Fritz S. 68 f. sagt, dass die Annahme der Glosse, L. 39 cit. von einer Restitution gegen den Abwesenden zu verstehen, gemäss dem zweiten Theile des Edikts, aus sprachlichen Gründen zu verwerfen ist. In der neuern Zeit ist denn deshalb auch kein Versuch mehr gemacht worden, dieselbe aufrecht zu erhalten.

3) Fasst man mit der Glosse L. 26 §. 9 von dem Falle

¹⁾ Observ. XIX, 14.

²⁾ Pandekt. §. 188 Anm. 3.

³⁾ Vgl. noch gegen Vangerow Fritz S. 73 N. 4. Wie Vangerow auch Heimbach im Rechtslexikon Bd. 9 S. 357.

auf, wo der Abwesende keinen *procurator* hat, so tritt man mit den Worten „*sive habuit procuratorem, sive non*“ in den völligen Widerspruch, und eine solche Auffassung kann den Namen einer Interpretation nicht beanspruchen.

4) Nimmt man an, dass Ulpian in L. 26 §. 9 h. t. nur an die Restitution gegen Versäumung der Appellation gedacht habe, so muss man sich über die Gedankenlosigkeit des Juristen wundern, dass er die Fälle aussergerichtlicher Vertretung ganz vergessen habe. Bei der kategorischen Aufstellung und Allgemeinheit des Satzes: *adiuvare eum debere, sive habuit procuratorem sive non*, ist diese Annahme unzulässig.

5) Allerdings ist es an und für sich nicht unmöglich, die Worte: *legatus quis pro civitate functus est* auch von Staatsgesandten zu verstehen. Allein alsdann wäre der Widerspruch in der Stelle selbst enthalten, wo es heisst: „*licet rei publicae causa non absit*“, oder wenn man letztern Begriff aussergewöhnlich eng fassen wollte, eine Ungenauigkeit vorhanden, die man Ulpian nicht zutrauen darf. Es wäre aber ausserdem auch nicht einzusehen, warum ein Staatsgesandter besser behandelt werden sollte, als z. B. ein in Feindesland stehender Feldherr. Diejenigen, welche zum Beweise dieser Behauptung sich mit der Glosse auf L. 2 §. 3 D. de iud. (5, 1) berufen haben, missverstanden letztere Stelle, wie Fritz richtig behauptet, indem hier den Gesandten nicht mehr als das *ius revocandi domum* gewährt wird, wenn sie an fremdem Orte belangt werden.

6) Die Stelle der Glosse: „*hic (nemlich L. 39 cit.) procurator est solvendo, et sic convenitur actione mandati; ibi (L. 26 §. 9 cit.) non, et sic restituitur*“ trägt einen Gedanken in die Stelle, der in derselben nicht liegt. Es wäre dies auch eine äusserst lächerliche und illusorisch zu machende Vorschrift zu Ungunsten dessen, der wider einen Abwesenden klagte; er musste sich, um sicher zu gehen, vorerst vergewissern, ob der *procurator* seines Gegners hinlängliches Vermögen habe, damit im Falle derselbe verurtheilt werde, sein abwesender Gegner gegen denselben mit Erfolg klagen könnte⁴⁾.

7) Dass in L. 39 die Restitution aus der *specialis clau-*

⁴⁾ Vgl. noch Burchardi S. 168 ff.

sula unzulässig sei, während sie in L. 26 §. 9 aus der *generalis clausula* gestattet würde, diese Ansicht würde entweder ebenfalls dazu führen, dass der *legatus civitatis* besser behandelt würde, als jeder andere *rei publicae causa absens* und so L. 1 C. cit. widersprechen oder die L. 39 durch L. 26 §. 9 aufgehoben sein lassen, was den übrigen oben aufgeführten Stellen entgegenstehen würde.

8) Wäre die Behauptung Burchardi's⁵⁾ richtig, dass Paulus in seinen *Sententiae* nur „anerkannte Sätze“ aufgenommen, so würde Ulpian in L. 26 §. 9, welche Stelle nach Burchardi mit L. 39 im Widerspruche stehe, einen nicht anerkannten Satz vortragen. Es wäre alsdann unsere Sache L. 26 §. 9 nach L. 39 in einschränkender Weise zu interpretiren. Dies thut aber Burchardi nicht: er fasst L. 26 §. 9 als neueres milderes Recht auf und verbindet damit die Stelle des Macer in L. 8 D. de in integr. rest., welche beide ein neueres Recht statuirten. Nun ist aber durchaus unerwiesen, dass Ulpian und Macer, beide ältere Zeitgenossen von Paulus ein neueres Recht vorgetragen haben. Der Grundfehler der Burchardi'schen Behauptung, wie auch manches Anderen ist eben der, dass man sich den Begriff des *defendere* nicht klar gemacht hat, denn sonst würde Burchardi nicht ein anderes Recht in L. 8 D. cit. entdecken. Unkritisch ist es ferner, die L. 26 §. 9 D. h. t. nach L. 8 D. cit. zu interpretiren und diese Stellen L. 39 gegenüberzusetzen, in welcher nach Burchardi selbst ein unbestrittener Satz Ausdruck gefunden. Die Kritik verlangte auf alle Fälle eine Verbindung der L. 8 D. 4, 1 mit L. 39 D. h. t. und die Interpretation der L. 26 §. 9 — wofern für letztere die Behauptung einer Ausnahme als unzulässig befunden war — gemäss den vollständig mit einander harmonirenden L. 8 D. cit. und L. 39 D. cit. — In Folge des unrichtigen Verständnisses des Begriffs des *defendere* ist denn auch nur theilweise der Schlusssatz Burchardi's als richtig zuzugeben, dass bei Abwesenden „ein ernannter Prokurator nicht als ein Grund zur Versagung der Restitution zu betrachten sei“, nemlich nur für den Fall richtig, wo dieser

⁵⁾ S. 175. Der Ansicht Burchardi's auch Sintenis S. 387 N. 110 und Steinberger a. a. O. S. 346: sie verdankt ihren Ursprung Cocceji, ius civile controv. IV, 6 qu. 2.

procurator nicht zur Prozessvertretung ernannt war: führte derselbe für seinen *dominus* aber Prozesse, so wurde Letzterem gemäss L. 8 D. de in integr. rest. und L. 39 D. h. 1. keine Restitution gegen das ergangene Urtheil gewährt.

9) Wir kommen nunmehr auf die Auffassung Savigny's. Im Resultat stimmt sie mit unserer Darstellung überein, der hierzu eingeschlagene Weg ist jedoch der nämliche, welchen Burchardi gegangen ist. Rücksichtlich der einzelnen Ausführungen ist zu bemerken, dass Savigny für die „*indefensi*, die ohne ihre Schuld keinen Prokurator haben“ die Restitution zulässt. Es hat Savigny bei dieser Behauptung nicht die L. 54 D. de re iud. berücksichtigt, denn sonst würde er den Begriff der *indefensi* und ebenso der *defensi* anders aufgefasst haben, er würde alsdann zwischen denjenigen, die einfach vertreten worden sind, und denjenigen, bei welchen der Vertreter auch die Prozessführung hatte, unterscheiden und für *indefensi* das Erforderniss der Restitution als überflüssig erachtet haben, indem das gegen Personen dieser Art erlassene Urtheil nichtig ist, andererseits aber für den Fall, dass kein Urtheil gegen derart *defensi* ergangen ist, schon die Bestellung eines *procurator* zur Prozessführung die Restitution ausschliesst. Die Sache ist eben, wie vorhin ausführlicher dargestellt, die, dass derjenige, welcher einen *procurator*, *per quem defendi potuit*, zurückgelassen hat, schon durch die Ernennung desselben auf etwaige Restitution als verzichtend angesehen wird, während der *indefensus rei publicae causa absens* Restitution erhält, mit Ausnahme der *exules* und *relegati*. Mit der Ansicht Savigny's, dass unter *indefensi* diejenigen zu verstehen seien, welche ohne ihre Schuld keinen *procurator* haben, steht natürlich die der *defensi*, als solcher, „die einen Prokurator haben, oder durch eigene Schuld entbehren“ im Zusammenhang. So unzulässig die Auffassung des Begriffs *defensi* als diejenigen, welche durch eigene Schuld einen *procurator* nicht haben, ist, ebenso zu missbilligen ist die des Begriffs der *indefensi*. Sprachlich ist *defensus* nur derjenige, welcher entweder durch einen *procurator* vor Gericht vertreten worden oder doch sich einen *procurator* zu dem Zwecke bestellt hat, demgemäss in Rücksicht auf den

Gegner als vertreten angenommen wird und *indefensus* einfach der, welcher vor Gericht unvertreten gewesen. Jede andere Auffassung des *defendere* widerspricht dem Begriffe dieses *terminus*. Ein weiterer Fehler Savigny's liegt in der Interpretation des Begriffes „*adiuvare*“ in L. 26 §. 9, den er ausschliesslich von der Restitution versteht; derselbe hängt mit der Darstellung des Begriffes *defendere*, den Savigny einestheils zu weit, andererseits zu eng nimmt, zusammen und verweisen wir rücksichtlich desselben auf unsere obige Auffassung. Die Folge dieser Begriffsentwicklung war denn auch die Annahme eines Widerspruchs zwischen L. 39 und L. 26 §. 9, den Savigny dadurch zu lösen versucht, dass er für letztere Stelle ein milderes Recht annimmt. Was von der Richtigkeit resp. Unrichtigkeit letzterer Annahme zu halten, das ist eben ausführlicher dargestellt worden⁶⁾.

10) Zum Schlusse erwähnen wir noch kurz die Ansicht von Wetzell, Civilprozess §. 53 Note 42: „Das Richtige möchte sein, dass Ulpian durch den mit „*sive*“ beginnenden Zusatz, welcher dem vorausgegangenen Referat nicht mehr angehört, nur ausdrücken will, dass die kaiserlichen Rescripte über den fraglichen Punkt *in concreto* hinweggegangen seien“. Will Wetzell damit sagen, dass es auf Vertretung allgemein nicht angekommen sei, so ist ihm hierin zuzustimmen. Von den neueren Pandektenlehrern ist sowohl Arndts als Windscheid der Ansicht von Fritz gefolgt. Freilich mag das Römische Recht zu weit gegangen sein, wenn es bei der Bitte um Restitution im Allgemeinen Nichts darauf ankommen liess, ob der Abwesende vertreten war oder nicht und nur eine Restitution gegen ergangenes rechtskräftiges Urtheil ausschloss. Dass eine derartige ausgedehnte Restitution dem Handel und Wandel sehr nachtheilig gewesen, muss ganz bestimmt behauptet werden, indem Jeder befürchten musste, wenn er mit einem *procurator absentis* Rechtsgeschäfte einging, dieselben nach der Rückkehr des Abwesenden aufgelöst zu sehen.

⁶⁾ Wie Savigny auch Brinz S. 120.

§. 19.

Gehen wir nunmehr zum zweiten Theile des Edikts über. Hier werden verschiedene Fälle der Abwesenheit desjenigen aufgezählt, gegen welchen man, wenn er anwesend gewesen, oder einen prozessualischen Vertreter gehabt hätte, seine Rechte hätte klägerisch geltend machen können.

An eine *absentia rei publicae caussa*, wie im ersten Theile, ist hier nicht mehr zu denken, sondern das Edikt spricht ganz allgemein von *absentes, cum absens non defenderetur*. Während demnach gemäss dem ersten Theile des Edikts die Abwesenheit *rei publ. caussa* und die derselben analog zu behandelnden Fälle ihren Grund darin hatte, dass es unbillig gewesen, dem dergestalt Abwesenden den Aufenthalt in der Fremde zum Nachtheile auszulegen, ist in diesem Theile die Ursache der Restitution in der Unzugänglichkeit des Abwesenden zu suchen, der Art, dass der Kläger in der Heimath seine Rechte gegen ihn nicht geltend machen konnte. Hinterliess aber der Abwesende einen Vertreter, so lag die Unmöglichkeit ihn in dem Vertreter zu belangen, nicht mehr vor, und deshalb ist bei diesem Theile des Edikts nur an den Fall zu denken, wo für den Abwesenden kein Vertreter existirte. War demnach der Abwesende *defensus*, so gewährte der Prätor keine Restitution, und *defensus* war nicht allein derjenige, welcher einen Vertreter für die Abwesenheit bestellt hatte, sondern auch derjenige, für den seine Freunde die Prozessführung übernommen hatten, nachdem der Berechtigte sie dazu aufgefordert¹⁾. In allen Fällen aber muss sowohl der bestellte als freiwillige Vertreter die *cautio iudicatum solvi* leisten²⁾.

Die einzelnen Fälle, in denen diese Restitution nach den Quellen Platz greift, sind folgende:

1) *Qui absens non defenditur*. Wie diese Worte zu verstehen seien, ist schon vorhin gezeigt worden. Auf den Zweck der Abwesenheit kommt es hier nicht an, sondern nur auf das bloße Faktum. Ist aber dieselbe ohne Grund bewirkt worden, vielleicht sogar in der Absicht, etwaige

¹⁾ L. 21 §. 2. 3 L. 22 pr. D. h. t.

²⁾ L. 21 §. 3 D. h. t. L. 110 §. 1 D. de R. I. §. 1. 4. 5. I. de satisfact. (4, 11).

Ansprüche eines Andern durch seine Unzugänglichkeit aufzuheben, so geht das Römische Recht noch weiter, indem der Prätor dem Anwesenden *missio in possessionem* ertheilt³⁾. Dies geht hervor aus der Interpretation der Worte: „*Qui secum agendi potestatem non faceret*“ in L. 23 §. 4. h. t.

2) *Qui in vinculis est neque defenditur*, mag das Gefängniss ein öffentliches oder privates sein⁴⁾.

3) *Qui secum agendi potestatem non facit, neque defenditur*⁵⁾.

4) *Qui, cum eum invitum in ius vocare non licet, neque defenditur*. Diese Worte bezogen sich auf denjenigen, welcher vermöge seiner amtlichen Stellung, so lange er dieselbe inne hatte, nicht vor Gericht gezogen werden konnte. Das Amt sollte ihm nicht die Möglichkeit gewähren, Ansprüche eines Andern zu eludiren; eine etwaige Ersitzung des Beamten präjudicirte dem Anspruch der Gegenseite keineswegs⁶⁾.

5) Ebenfalls Restitution in dem Falle, wo *per magistratus sine dolo malo ipsius actio exempla esse dicetur*, und auch dann wurde die verloren gegangene Zeit wiederhergestellt, wenn der Gegner während des Appellationsverfahrens die Sache von dem Appellaten ersessen hatte⁷⁾.

Diese Bestimmungen erhielten wie die des ersten Theils eine weitere Ausdehnung durch die *clausula generalis*:

a) gemäss L. 26 §. 1 h. t. erhält derjenige Restitution, dessen Gegner in der Verbannung war;

b) nach L. 22 §. 2 h. t. werden *infantes, furiosi*⁸⁾ und *civitates* als Abwesende betrachtet, und demgemäss der Gegenseite, welche nach strengem Rechte durch die Unzugänglichkeit dieser Personen Nachtheil erfahren hätte, Restitution zugesagt⁹⁾;

3) L. 21 §. 2 D. h. t. L. 6 §. 1 D. quib. ex caus. in poss. (42, 4) — Karlowa, Beiträge zur Geschichte des Römischen Civilprozesses, Bonn 1865. S. 133 ff.

4) L. 23 pr. D. h. t.

5) L. 23 §. 4 D. h. t.

6) L. 23 §. 3 D. h. t.

7) L. 26 §. 4. 5. 6. 7 D. h. t.

8) Vgl. noch L. 124 §. 1 de R. I.

9) Im umgekehrten Falle genossen die *infantes* und *civitates* die Rechte der Minderjährigen; dasselbe lässt sich jedoch nicht von den *furiosi* sagen, die vielmehr für beide Fälle als *absentes* betrachtet werden müssen. Dies

c) nach L. 23 §. 3 h. t. Restitution gegen den die Usurpation vollendenden Sohn eines in der Gefangenschaft Verstorbenen.

§. 20.

Wir sehen im Vorstehenden an einzelnen Beispielen, dass schon im Edikt eine Ausdehnung des Begriffs der *absentia* vorgenommen worden ist, indem Personen, die in Wirklichkeit anwesend waren, rechtlich doch als abwesend betrachtet wurden. Ein Beispiel dieser Erweiterung enthält L. 23 pr. D. h. t. — Weiter ging man auf diesem Wege in Folge der *clausula generalis*. Man betrachtete demgemäss den noch nicht zum Heere abgereisten aber zur Abreise bestimmten Feldherrn oder Soldat, obschon noch anwesend, doch als abwesend. Ein ähnliches Verhältniss zeigte sich bei dem zweiten Theile des Edikts, wie vorhin dargestellt. Aus all diesem ersehen wir, dass die sogenannte *clausula generalis* in einem engen Zusammenhange zu den beiden ersten Ediktstheilen steht, dass dort genannte Gründe der Abwesenheit durch sie eine Ausdehnung erfahren haben. Diese Thatsache muss uns schon von vorneherein gegen eine zu generelle Auffassung der *clausula generalis* warnen, so dass nach ihr es dem Prätor erlaubt gewesen sei, aus allen möglichen ihm gerechtfertigt erscheinenden Gründen, wenn dieselben in den vorhandenen Edikten noch nicht genannt seien, Restitution zu ertheilen. Dieser Ansicht widerspricht, neben der Wahrnehmung, dass bei der *clausula generalis* immer auf die beiden ersten Theile des Edikts Rücksicht genommen wird, vorzugsweise die Thatsache, dass neben dem Edikt über die *absentia* noch andere Edikte über *minor aetas*, *dolus*, *metus* etc. aufgestellt waren; ganz bestimmt wären letztere überflüssig gewesen, hätten keiner Aufstellung bedurft oder würden, wenn sie älter gewesen als das Edikt über die Abwesenheit durch letzteres verdrängt worden sein, da jegliche Restitution auf diese *clausula* zurückgeführt hätte werden können. Alsdann aber auch hörte die *in integr. rest.* auf an bestimmte Voraussetzungen

zeigt L. 124 §. 1 D. de R. I. „*Furiosus absentis loco est.*“ Vgl. noch L. 2 §. 3 D. de iure codicill. (29, 7). L. 17 §. 11 D. de iniur. (47, 10).

gebunden zu sein, und fiel ganz der prätorischen Willkür anheim, stände also über dem Rechte und könnte nicht den Gegenstand einer besonderen civilrechtlichen Lehre ausmachen. Ihren Ursprung verdankt diese Ansicht der Glosse: sie hatte in der Praxis in früherer Zeit fast ausschliesslich Anerkennung gefunden und Alles, was man als Restitution nicht anders motiviren konnte, wurde auf diese *clausula generalis* zurückgeführt. Noch Glück in seinem Comment. Bd. 6 S. 46 ff. huldigt dieser Anschauung. Erst Francke S. 81 ff. verwarf dieselbe und wies ihre Verkehrtheit vollständigst nach. Auf Francke's Darstellung bauten Burchardi und sämmtliche neuere Schriftsteller weiter, so dass sich mit Bestimmtheit behaupten lässt, dass heutzutage dieselbe von Niemand mehr getheilt wird. Demzufolge ist die Annahme, dass die *clausula generalis* bei ähnlichen Voraussetzungen wie die in den beiden ersten Theilen des Edikts aufgeführten sind, Restitution gewährt, die einzig richtige.

Was war nun aber der Gesichtspunkt im Römischen Recht, aus welchem die in Folge der *clausula generalis* ertheilte Restitution als in derselben Weise wie die in Folge der beiden ersten Theile des Edikts gewährte Restitution begründet erschien? Die Antwort auf diese Frage war durchaus nicht leicht; es war vorher nöthig, aus den im *corpus iuris* aufgeführten konkreten Fällen vermittelt Abstraktion den Grundgedanken herzustellen. Dieser Grundgedanke, das leitende Prinzip bei der Ertheilung der Restitution ist im Römischen Recht nirgendwo angegeben: es liegt dies, wie oben schon berührt, in der Natur des Römischen Rechts; es ist dies die Folge der historischen Entwicklung im Gegensatze zu einer philosophischen Begriffsbildung. Der Begriff dieser *caussa* schwebte, nachdem man über die bloße *absentia* hinausging, den römischen Juristen mehr oder minder klar vor: sie fühlten gleichsam, was der Begriff dieser Restitution war, allein sie waren nicht im Stande, den Kreis derselben genau zu beschreiben.

Es ist das Resultat der Francke'schen Abhandlung, den Begriff der *in integr. rest. maiorum* in's Klare gestellt zu haben. Seine Auffassung ist von Burchardi, Savigny und fast sämmtlichen Neuern anerkannt worden. Nach Sa-

vigny¹⁾ „wird diese Restitution überall ertheilt, wo sich der Verlust eines Rechts dadurch ereignet, dass der Berechtigte durch ein äusseres Hinderniss abgehalten wird, die Handlungen vorzunehmen, wodurch er den Verlust verhüten haben würde“. Dass dieses Hinderniss ein äusseres faktisches²⁾ sei, wie Wächter, Württemberg. Privatrecht II, §. 125, annimmt, das ist auch Savigny's Ansicht. Diese Begriffsbestimmung erscheint uns vollständig zutreffend; jedoch hat Wächter Unrecht, wenn er zu diessem „äussern faktischen“ Hindernisse noch den Zusatz „ohne eigene Schuld“ macht, wie Brinz S. 122 richtig bemerkt, da derjenige, *qui in vinculis est*, gewiss nicht immer sagen kann, dass er in diese Lage ohne eigene Schuld gerathen sei. Nichtsdestoweniger ist Savigny nicht beizustimmen, wenn er die von uns bei der *in integr. restitutio propter errorem*³⁾ ausführlicher berücksichtigte

L. 3 §. 30. 31 de SCto Sil. (29, 5).
als *restitutio propter absentiam* auffasst. In dieser Stelle ist nemlich nicht von einer *restitutio maiorum* die Rede, sondern von einer Restitution wegen Unwissenheit. Dasselbe gilt in Betreff der von Brinz zum Beweise der Unrichtigkeit des „äussern“ Hindernisses gegen Savigny angeführten L. 7 pr. D. de in integr. rest. Demnach ist dann die freilich schöne Exposition von Brinz: „Uns scheint die Nothwendigkeit der Unterlassung⁴⁾ alles zu begreifen und die deutsche „echte Noth“ ein gutes Wort zu sein“ unrichtig und die bisherige Erklärung ausreichend. Ausserdem verlangte dieser deutschrechtliche Begriff wiederum eine genaue Präcisirung, welche die Savigny'sche Erklärung nicht erfordert⁵⁾.

Eine eigenthümliche Anschauung von der *generalis*

¹⁾ S. 167 f.

²⁾ Vgl. L. 1 §. 9 D. de itin. actuque (43, 19) — L. 35 D. de serv. praed. rust. (8, 3).

³⁾ Siehe unten §. 44.

⁴⁾ Doch auch wohl Nothwendigkeit der Unterlassung beim *error*!

⁵⁾ Es erging hier Brinz, wie so häufig, dass er Stellen citirt (und dieses ist vielleicht der einzige Fehler seines Werkes), welche, wenn er sie aufmerksam betrachtet hätte, seine Ansicht modificirt haben würde. Brinz lässt leider an vielen Stellen seinen theilweise geistreichen Gedanken einen etwas zu grossen Spielraum; er kommt schon zum Schlusse, ehe er die bezüglichen

clausula hat Keller, Pandekten S. 108, indem er neben den andern Gründen der Restitution auch eine *restitutio ex clausula generali*, von den übrigen und auch der *propter absentiam* getrennt, darstellt. Er kommt hierdurch in einen Widerspruch zu seiner eigenen Behauptung, dass die *generalis clausula* nur Fälle der Abwesenheit begreife. Letzteres ist richtig — wenn wir den Ausdruck im technischen Sinne fassen — und daher wäre es angebracht gewesen den §. 108 dem §. 106 anzuschliessen. Für die Behauptung, dass „dem Römischen Prätor jedenfalls aus jedem ihm genügend scheinenden Grunde die Befugniss der Restitution zugestanden und er davon mannigfachen Gebrauch gemacht habe“ bringt Keller keine Beweise vor. Freilich wird es für den Prätor in den meisten Fällen leicht gewesen sein, die zu ertheilende Restitution auf eine der in L. 1. 2 D. de in integr. rest. benannten *iustae causae* zurückzuführen, daraus folgt aber nicht, dass dies bei jedem ihm genügend scheinenden Grunde möglich war.

§. 21.

In die Lehre von der *in integr. rest. maiorum* gehört noch die Betrachtung der

L. 3 pr. §. 1 D. de eo per quem fact. (2, 10):

Ex hoc Edicto adversus eum, qui dolo fecit, quo minus quis in iudicium vocatus sistat, in factum actio competit, quanti actoris interfuit eum sisti. In quo iudicio deducitur, si quid amiserit actor ob eam rem: veluti si reus tempore dominium rei interim sibi adquirat, aut actione liberatus fuerit. §. 1. Plane, si is, qui dolo fecerit, quo minus in iudicio sistatur, solvendo non fuerit; aequum erit, adversus ipsum reum restitutoriam actionem competere: ne propter dolum alienum reus lucrum faciat et actor damno adficiatur.

Francke S. 79 fasst den §. 1 als *restitutio ex clausula generali* auf¹⁾, Schröter S. 127 ohne Berücksichtigung der Francke'schen Ansicht als *in integr. rest.* wegen verhin-

Stellen genau erwogen hat, und die Folge davon ist die, dass die nun doch einmal zu citirenden Quellen sich seiner Ansicht beugen müssen.

¹⁾ So auch Windscheid §. 118 Note 6.

derten Erscheinens vor Gericht, gleichsam eine Abart der *restitutio propter dolum*, Schneider S. 263 ff. und nach ihm Savigny S. 227 f. als *restitutio propter dolum*²⁾.

Die Unrichtigkeit der Auffassung Schröter's ist mit grossem Scharfsinn von Schneider widerlegt worden. Nichtsdestoweniger ist auch des Letztern Beweisführung als nicht zutreffend zu betrachten. Klar ist es seit Schneider, dass wir es in dieser *lex* mit dem *dolus* eines Dritten zu thun haben, der *dolus* des Prozessgegners ausgeschlossen werden muss; zu bezweifeln ferner ist es nicht, dass L. 3 §. 1 cit. eine *in integr. rest.* anerkennt, und demgemäss der Schluss, dass dieselbe eine *in integr. rest. propter dolum* enthalte, naheliegend. Jedoch wäre diese als *restitutio propter dolum tertii* aufzufassen. Da wir aber keine andere Stellen haben, die eine *restitutio propter dolum* des Dritten anerkennen, so erscheint uns die Annahme einer solchen aus dieser einzelnen Stelle als unzulässig, und wir sind genöthigt, entweder die Ansicht Schröter's zu adoptiren oder dieselbe von einer andern Restitution zu erklären. Für die Schröter'sche haben wir aber ebenfalls keinen Anhaltspunkt in den Quellen. Die von Schröter zum Beweise seiner Behauptung angeführte L. 7 §. 1 D. de in integr. rest. enthält freilich den Sinn, „dass auch die, welche in Folge eines *dolus* einer gerichtlichen Ladung nicht genügten und dadurch in Nachtheil kamen, restituirt werden“, jedoch bezieht sich dieses Fragment nicht auf das in tit. 2, 10 Dig. erklärte prätorische Edikt. Denn während L. 7 §. 1 D. 4, 1 *dolus* des Gegners voraussetzt, hat das bezogene prätorische Edikt es mit dem *dolus* eines Dritten zu thun. Diesen Umstand übersieht Schröter, und so kommt er zu dem Schlusse, dass die L. 3 pr. D. cit. erwähnte *actio in factum* mit der *in integr. rest.* der L. 3 §. 1 cit. und L. 7 §. 1 D. de in integr. rest. konkurriren. Es ist freilich nicht recht ersichtlich aus der Darstellung Schröter's, ob er in den eben genannten Gesetzen eine *actio in factum* und *in integr. rest.* gegen den Verhindernden, daneben aber auch noch eine *in integr. rest.* gegen den unschuldigen Prozessgegner annimmt, oder nur die beiden ersten Fälle; wir halten dafür, dass er

²⁾ Ebenso Vangerow §. 177, Anm. 3 a. E.

eine *actio in factum* und *in integr. rest.* gegen den Verhindernden und ausserdem noch eine *in integr. rest.* gegen den Prozessgegner zulässt.

Das Resultat dieser Darstellung ist, dass weder die Schneider'sche noch Schröter'sche Ansicht zu billigen ist. Gehen wir zu der von Francke vorgetragenen über. Im Anfange der *lex 3* wird auf Grund des prätorischen Edikts eine *actio in factum* auf Schadensersatz gegeben gegen Jeden, durch dessen *dolus* Jemand sowohl als Kläger wie als Beklagter verhindert worden ist, zur gehörigen Zeit im Gerichte zu erscheinen. Die Folge einer solchen Verhinderung war meistens der Verlust des Prozesses; zur Hebung dieses Nachtheils gestattete der Prätor eine Klage gegen den Verhindernden. Wenn nun vermittelt derselben von dem Verhindernden Nichts zu erreichen war, so hätte der Verhinderte keinen weitem Ersatz des ihm entstandenen Nachtheils finden können, wenn ihm nicht der Prätor durch Ertheilung der *in integrum restitutio* gegen den ursprünglichen Prozessgegner zu Hülfe gekommen wäre.

Diese Restitution kann, da sie als solche wegen *dolus* undenkbar ist, nur eine *restitutio propter absentiam* sein, und zwar, was keiner weiteren Ausführung bedarf, *ex clausula generali*.

Wir haben im Vorstehenden uns nicht die Mühe gegeben aus den einzelnen Stellen in ausführlichster Weise den Begriff der *in integr. rest. maiorum* herauszuschälen, wir würden auf diesem Wege das von Francke, Burchardi und Savigny Vorgebrachte nur wiederholt haben: wir haben nur unsere abweichenden Ansichten dargestellt und begnügen uns für das Uebrige mit der Verweisung auf die genannten Schriftsteller.

Dass die *in integr. rest. maiorum*, wie aus dem vorhin aufgeführten Stellen folgt, nur gegen schädliche Unterlassungen Anwendungen fand, bedarf nur der Erwähnung; kein einziges Beispiel entdecken wir in den Quellen, wo dieselbe gegen nachtheilige Rechtsgeschäfte gewährt wird.

Hiemit hängt zusammen, dass die *in integr. rest. maiorum* nur gegen solche Nachtheile geht, die in dem Verluste von Rechten bestehen und nicht gegen die nachtheilige Uebernahme von Schulden.

Ersteres ist allgemein anerkannt, letzteres von Fritz neuerdings hervorgehoben³⁾. In Folge dessen wird der Begriff der Läsion bei der *restitutio maiorum* ein eigenartiger, ein ganz anderer als bei der *restitutio minorum*, die gegen Rechtshandlungen ausschliesslich geht.

§. 22.

Wir haben zum Schlusse noch die Frage zu berühren, ob nicht die *in integrum restitutio maiorum* theilweise aufgehoben ist durch

L. 1 C. ann. exc. ital. contr. (7, 40):

Ut perfectius omnibus consulamus et nemini absentia, vel potentia, vel infantia penitus adversarii sui noceat, sed sit aliqua inter desides et vigilantes differentia: sancimus, si quando abfuerit is, qui res alienas, vel creditori obnoxias detinet et desiderat dominus rei, vel creditor suam intentionem proponere et non ei licentia sit absente suo adversario, qui rem detinet, vel infantia, vel furore laborante: et neminem tutorem, vel curatorem habente, vel in magna potestate constituto, sua auctoritate eas res usurpare: licentia ei detur adire Praesidem provinciae, vel libellum ei porrigere et hoc in querimoniam deducere intra constituta tempora et interruptionem temporis facere et sufficere hoc ad plenissimam interruptionem. Sin autem nullo potuerit modo Praesidem adire, saltem ad locorum Episcopum eat, vel Defensorem civitatis et suam manifestare voluntatem in scriptis deproperet. Sin autem abfuerit, vel Praeses, vel Episcopus vel Defensor civitatis: liceat ei proponere publice, ubi domicilium habet possessor, seu cum Tabulariorum subscriptione: vel si civitas Tabularios non habeat, cum trium testium subscriptione: et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii, sive longi temporis, sive triginta, vel quadraginta annorum sit. Omnibus aliis, quae de longi temporis praescriptione, vel triginta, vel quadraginta annorum curriculis constituta sunt, sive ab

³⁾ Siehe dessen Darstellung S. 42 ff.

antiquis legum conditoribus, sive a nostra maiestate, in suo robore duraturis.

Diese Verordnung Justinians ist wahrscheinlich aus dem Jahre 531, demnach zwischen dem Auftrag zur Abfassung der Digesten und deren Veröffentlichung erlassen. Daran knüpft sich die Frage, ob nicht in Folge dieser *constitutio* der zweite Theil des Edikts als aufgehoben angesehen werden müsse. Eine ausdrückliche Aufhebung ist nicht erfolgt; denn wir finden davon weder in den Digesten, noch was weniger erklärlich erscheinen würde, in dem Codex irgend eine Spur einer solchen. Hätte der Gesetzgeber diesen Gedanken gehabt, so wäre jedenfalls der tit. 2, 54 Cod. zu dessen Erwähnung passend gewesen. Freilich könnte man erwidern, dass eine ausdrückliche Aufhebung dem Gesetzgeber überflüssig erschienen sei, indem er L. 1 C. cit. als die Aufhebung schon involvirend ansah, oder behaupten, es wäre den Kompilatoren des Codex die Erwähnung desselben entgangen. Unmöglich wäre das immerhin nicht; ersteres aber im höchsten Maasse unwahrscheinlich. Die ältern Juristen waren der Ansicht, dass eine Aufhebung des Edikts anzunehmen sei: so Dompierre S. 412, welcher sich mit einem Scheine von Recht auf die Worte der L. 16 D. h. l. beruft: *Non enim negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis*, und behauptet, dass derjenige, welcher das *remedium protestationis* nicht gebrauche, der Restitution verlustig sei.

An eine Aufhebung hat aber Justinian nicht gedacht. Erwägen wir, dass die citirte Codexstelle in einem Titel steht, dessen Ueberschrift über die Verjährung von Rechtsmitteln handelt und der Gedanke Justinians bei der Veröffentlichung dieser Constitutionen der war, dass er ein Mittel gewährte gegen durch ablaufende Verjährung eintretende Verluste, ohne die schon eingetretene Verjährung wieder aufzuheben, so müssen wir zu dem Schlusse kommen, dass die Erwähnung der *in integrum restitutio* nur sekundär ist, und Justinian an eine Aufhebung des Edikts hierbei nicht gedacht hat. Demnach darf nur eine Konkurrenz zwischen beiden Rechtsmitteln angenommen werden, und zwar eine elektive. Ein Grund für diese Ansicht liegt darin noch, dass es doch auch gewiss Fälle geben konnte, wo dem

Berechtigten sein Recht unbekannt geblieben, er in Folge dessen nicht in der Lage gewesen ist, zu protestiren — und ihm so dasselbe verloren gegangen wäre, wenn ihm nicht die Bitte um *in integr. rest.* zu Gebote gestanden¹⁾. Freilich *ius vigilantibus scriptum est*; allein dieser Satz leidet keine strikte Anwendung auf die Wiedereinsetzung; denn sonst würde dieselbe viel seltener sein, als unsere Quellen sie annehmen.

Wir müssen uns den Gang der Gesetzgebung folgendermassen denken: Justinian wollte zweifelsohne die immer häufiger werdenden Unmöglichkeiten zur Geltendmachung von auf dem ordnungsmässigen Wege durchzuführenden Ansprüchen aufheben und gewährte hierzu das *remedium protestationis*. Dieses Rechtsmittel bezog sich nicht allein auf Fälle, die auch der *in integrum restitutio* unterworfen waren, sondern auch auf eine Masse anderer, der *in integrum restitutio* nicht zugänglichen. Durch dieses Rechtsmittel die *in integr. rest.* ausser Kraft zu setzen, dies erschien Justinian unthunlich. Es blieb demgemäss die Gesetzgebung gewissermassen auf halbem Wege stehen, und die Folge davon ist die, dass die Kompilatoren das Verhältniss beider Rechtsmittel zu einander nicht geregelt haben. Ein Zeichen von grosser Sachkenntniss ist dies immerhin nicht.

2) Restitutio propter minorem aetatem.

A. Geschichte*).

§. 23.

Zu allen Zeiten ist im Römischen Recht das Prinzip festgehalten worden, dass Minderjährige handlungsfähig sind¹⁾, im Gegensatz zu den *impuberes*, denen die Handlungsfähigkeit versagt wird. Bei der strengen Aufrechterhaltung dieses Grundsatzes zeigten sich aber schon sehr früh Uebel-

¹⁾ Burchardi S. 182.

*) Vgl. hierzu Savigny, Schutz der Minderjährigen und *lex Plaet.* in Zeitschr. für geschichtliche Rechtswissenschaft. Bd. 10 S. 237, wiederum abgedruckt in Vermischte Schriften Bd. 2 S. 321 ff.; wir folgen letzterer Ausgabe.

¹⁾ Puchta, Institut. §. 209.

stände, denen die Gesetzgebung auf mannigfache Weise entgegenzutreten versuchte. Das erste Gesetz dieser Art war die *lex Plaetoria*, gerichtet gegen diejenigen Personen, welche die Unerfahrenheit der Minderjährigen benutzend, dieselben übervortheilten. Diese Berücksichtigung des Betrugs durch die Legislation ist eine der ältesten. Dies geht aus Cic. de off. 3, 15 hervor, welcher, nachdem er der Einführung der *actio doli* durch das Aquilische Gesetz gedacht, die Bemerkung macht: *Atque iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut tutela XII tabulis, et circumscriptio adolescentium lege Plaetoria*. Also neben die durch die XII Tafeln eingeführte *actio rationibus distrahendis* oder *accusatio suspecti*²⁾ trat durch ein späteres Gesetz das Rechtsmittel aus der *lex Plaet.* Einen Anhaltspunkt für die Zeit der Abfassung erhalten wir durch diese Stelle jedoch nicht: höchstens ersehen wir aus ihr nur soviel, dass ihre Einführung zwischen der XII. Tafelgesetzgebung und der *actio Aquilia* liegt. Genaueres bietet uns eine Stelle in Plaut. Pseud. I, 3, 69 ff.: „*Perii: annorum lex me perdit quinvicenaria: Metuunt credere omnes*“, worauf Leno antwortet: „*Eadem'st mihi lex, metuo credere*“. Es ist nemlich diese *lex* keine andere, als die *lex Plaet.*, hier *quinvicenaria* genannt, weil sie das vollendete fünfundzwanzigste Jahr als Termin der Volljährigkeit einführte:

L. 2 C. Theod. de donat. (8, 12).

In Folge dieser *lex* erhielt das vollendete 25. Jahr den Namen der *legitima aetas*, ein Begriff, der sich durch das ganze Römische Recht erhalten hat; sie unterschied zwischen den *puberes*, je nachdem dieselben 25 Jahre zurückgelegt hatten oder nicht. Der ältere Begriff der Pubertät wurde durch sie nicht verdrängt, sondern galt noch immer als der wichtigere im Römischen Recht.

Was nun das Alter der *lex Plaet.* betrifft, so ersehen wir aus der plautinischen Stelle, dass sie kurz vor der Darstellung des *Pseudolus* eingeführt worden ist. Plautus schildert nemlich in seinen Schauspielen seine Zeit, seine Personen sind aus dem Volksleben der Gegenwart genommen, und solche sind auch Callidorus und Leno, welche beide durch die *lex Plaet.* zu Grunde gerichtet zu werden behauptet

²⁾ L. 55 §. 1 D. de adm. (26, 7). — L. 1 §. 2 D. de susp. tut. (26, 10).

ten, da sie jetzt mit Personen unter 25 Jahren nicht mehr die frühern, theilweise unredlichen Geschäfte des Kreditgebens mit der gewohnten Sicherheit gegen das Gesetz handhaben können. Da nun Plautus nach der gewöhnlichen Annahme im Jahre 570³⁾ der Stadt gestorben ist, so müssen wir die Einführung jenes Gesetzes noch in die Lebenszeit des Dichters verlegen. Demnach erscheint denn die Behauptung Burchardi's S. 201 auf Grund eines älteren Schriftstellers, dass die *lex Plaet.* dem im Jahr 490 d. St. fungirenden *tribunus Pleb. Marcus Plaetorius Plancianus* zuzuschreiben sei, nicht ganz genau. Ueberhaupt ist es ziemlich unmöglich bei der Unzulänglichkeit unserer Quellen über die Amtszeit der Magistrate, ein bestimmtes Gesetz auf seinen Urheber mit Sicherheit zurückzuführen. Wir müssen uns daher mit der obigen Berechnung begnügen.

Rücksichtlich des Inhalts der *lex. Plaet.* gewährt uns neben der plautinischen Stelle die *tabula Heracleensis* einige Aufklärung.

Lin. 111: *quive lege,*

Lin. 112: *Plaetoria ob eamve rem, quod adversus eam legem fecit fecerit, condemnatus erit,*

Lin. 117: *quive iudicio publico Romae,*

Lin. 118: *condemnatus est erit, quocirca eum in Italia esse non liceat, neque in integrum restitutus est erit: quive in eo,*

Lin. 119: *municipio, colonia, praefectura, foro, conciliabulo, cuius erit, iudicio publico condemnatus est erit.*

Diese Stelle führt in ähnlicher Weise wie das prätorische Edikt über die *infames* verschiedene Fälle der Ehrlosigkeit auf, die der angegebenen Klasse von Personen zu Theil werden soll, welche *in iudicio publico* verurtheilt worden⁴⁾. Unter diese rechnet die *tabula* auch die in Folge der *lex Plaet. iudicio publico* Verurtheilten⁵⁾. Worin diese Strafe bestand, ist dadurch noch gar nicht angedeutet, wahr-

3) Mommsen, Röm. Gesch. 4. Aufl. I S. 916.

4) Chauveau S. 4.

5) Cic. de nat. deor. 3, 30: *inde iudicium publicum rei privatae lege Plaetoria*. Es darf bei den Worten *iudicium publicum* nicht an ein Kriminalverfahren gedacht werden, da in dieser Weise auch die sonst „*actiones populares*“ genannten Klagen bezeichnet wurden. Vgl. L. 1 §. 6 D. de susp. tut. (26, 10).

scheinlich in dem Zweifachen des Betrugs nach Analogie der *actio de rat. distrah.*⁶⁾. Das plätorische Gesetz ging wahrscheinlich aus der Zeit hervor, wo der immer grosse Leichtsinne der römischen Jugend in aussergewöhnlicher Weise ausgebeutet wurde: deshalb auch die harten Strafen, von denen im späteren Rechte immer mehr und mehr abgegangen wurde, zweifelsohne deshalb, weil andere nicht so strenge Rechtsmittel nachher schon ausreichten. Nur in dieser Weise ist es zu erklären, wie die Klage aus der *lex Plaet.*, das *iudicium legis Plaetoriae* in der spätern Gesetzgebung nicht mehr existirt: sie würde sicherlich, wenn sie auch nur den Schein einer Existenz behalten hätte, in dem prätorischen Edikte stehen, das die einzelnen Fälle der Infamie aufführt. In etwa anders verhält es sich mit der *exceptio legis Plaetoriae*.

Diese *lex Plaet.* verpönte also den Betrug an Minderjährigen. Dies geht ausserdem noch hervor aus Cicero⁷⁾; sie erklärte für unverbindlich alle einseitigen Versprechungen der *puberes*. Der Beweis hierfür bei Priscian:

Lib. VIII p. 743: Suetonius in IV. Praetorum: *Minor XXV annorum stipulari non potest, passive dixit* und p. 744: Suetonius autem passive protulit in quarto Praetorum: *Plaetoria quae vetat minorem annis XXV stipulari, ἐπερωτᾶσθαι*

und Plaut. Rudens V 3, 25 f.:

*Cedo, quicum habeam iudicem,
Ni dolo malo instipulatus sis nive etiam dum siem
Quinque et viginti natus annos.*

Man hat die Ansicht aufgestellt, dass die *lex Plaet.* auch die Kuratel über Minderjährige verfügt habe und stützt sich zum Beweise dieser Behauptung auf Capitolinus in Marco c. 10:

„De curatoribus vero, cum ante non nisi ex lege Plaetoria vel propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis caussis“.

⁶⁾ Wäre das *simplum* die Strafe gewesen, so wäre das „*metuunt credere omnes*“ unberechtigt.

⁷⁾ de off. 3, 15: *Atqui iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut tutelae XII tabulis, et circumscriptio adolescentium lege Plaetoria.*

Jedenfalls darf hieraus nicht gefolgert werden, dass schon nach der *lex Plaet.* Minderjährige unter Kuratel zu stehen hatten; dies war nicht einmal im späteren Rechte der Fall und widerspricht ganz und gar den römischen Anschauungen, wonach ein Minderjähriger völlig handlungsfähig war; denn es heisst

§. 2 I. de curat. (1, 23): *Item inviti adolescentes curatores non accipiunt, praeterquam in litem,*

L. 13 §. 2 D. de tut. (26, 5): *minoribus annorum desiderantibus curatores dari solent.*

Unseres Erachtens hat nicht einmal die Verfügung des Kaisers Marcus Aurelius eine allgemeine Kuratel der Minderjährigen vorgeschrieben, geschweige denn die *lex Plaet.*

Es scheint uns vielmehr wahrscheinlich, dass die *lex Plaet.* keine Bestimmungen über die Kuratel getroffen habe, denn diese Einrichtung würde dem Geiste der übrigen Vorschriften dieses Gesetzes widersprochen haben, welche einen *curator* durchaus nicht voraussetzen⁸⁾. Einen Gegenbeweis liefert uns die Stelle des Capitolinus nicht, denn ihre ganze Fassung ist so eigenthümlich, dass eine genauere Untersuchung unthunlich erscheint. Sehr leicht denkbar ist es, dass Capitolinus bei der Erwähnung des Marcianischen Reskriptes, im Bewusstsein, dass die *lex Plaet.* ebenfalls mit Minderjährigen sich beschäftigte, auf dieselben die Einsetzung von Kuratoren für gewisse Fälle bezog, während im Gegentheil die Anwendung von Kuratoren sich gewohnheitsrechtlich gebildet hat. Mag aber auch die *lex Plaet.* wirklich *curatores* eingesetzt haben⁹⁾, so müssen wir doch gestehen, dass deren Stellung uns in Folge der Unzulänglichkeit der Quellen vollständig unbekannt, jedenfalls aber auch keine besonders wichtige gewesen ist, weil wir alsdann doch immerhin Spuren im *corpus iuris* und anderwärts finden würden, die, wenn auch nur als Antiquität, über die *curatores ex lege Plaet.* redeten, und weil sich nicht so leicht Sätze im Römischen Recht finden würden, die Vertragshandlungen

⁸⁾ Dagegen unter Andern Chauveau S. 5.

⁹⁾ Dies nimmt Savigny a. a. O. Bd. 2 S. 356 an, sich stützend auf die Worte *reddita caussa*, so dass der *minor* sich einen *curator* für den speziellen Fall erbat, „in der Absicht, den andern Kontrahenten gegen Vorwurf und Klage sicher zu stellen“.

der Minderjährigen ohne *consensus curatoris* rechtsbeständig sein liessen.

Wir müssen demgemäss den Wirkungskreis der *lex Plaet.* enger begrenzen, als die andern Schriftsteller und sie erklären als erstes Rechtsmittel nach den XII Tafeln gegen den *dolus* und zwar speziell gegen den *dolus* der mit Minderjährigen kontrahirenden Personen; die Folge der vermittelt der *lex Plaet.* durchgeführten Klage war bestimmt die Ehrlosigkeit, als *in iudicio publico* verhandelten, wahrscheinlich auch eine Geldstrafe¹⁰⁾.

Wichtiger als die Klage aus der *lex Plaet.* ist jedenfalls die *exceptio* gewesen. Dies kommt daher, dass die meisten Verträge nicht sofort nach ihrer Eingehung erfüllt werden, sondern erst nachher. Blieb nun der *minor* mit seiner Verpflichtung im Rückstande, und klagte die andere Partei auf Erfüllung derselben, so setzte der *minor* die *exceptio leg. Plaet.* entgegen, was die Abweisung der gegnerischen Klage zur Folge hatte; dann aber ferner war die *exceptio* nicht infamirend, sondern nur die *actio*, und da der Prätor ungern eine *actio famosa* gewährte, so suchte man sich lieber auf andere Weise auszuhelfen, nöthigenfalls dadurch, dass man die gegnerische Klage abwartete und dieselbe durch die *exceptio* eludirte. Aber auch die *exceptio leg. Plaet.* verlor ihre Bedeutung, als die *exceptio doli* eingeführt wurde; sie erschien überflüssig, nachdem die *exc. doli* als allgemeines Vertheidigungsmittel gegen Betrug aufgekommen war. Dass sie aber ganz verschwunden sei, dieser Annahme scheint eine Stelle des *corpus iuris* zu widersprechen, nemlich:

L. 7 §. 1 D. de except. (44, 1):

Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt: ut rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fideiussori. Intercessionis quoque exceptio: Item quod libertatis onerandae caussa petitur, etiam fideiussori competit. Idem dicitur, et si pro filiofamilias contra Senatusconsultum quis fideiusserit, aut pro minore viginti-quinque annis circumscripto. Quod si deceptus sit in

¹⁰⁾ Chauveau S. 4.

re, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio.

Ganz bestimmt freilich ist unter den Worten: *aut pro minore XXV annis circumscripto* die *exc. leg. Plaet.* zu verstehen, nicht die *exc. doli*, denn letztere wird schon im Anfange dieser Stelle aufgeführt; also, müsste unser Schluss lauten: ist die *exc. leg. Plaet.* noch im just. Recht anwendbar. Dies wäre doch wohl etwas sehr auffallend, für einen und denselben Fall zwei fast gleiche Vertheidigungsmittel, beide auf gleicher Voraussetzung fussend, für zulässig zu erklären, von denen eines als das ältere durch das neuere nicht verdrängt sein sollte. Wir glauben, dass diese Stelle als Antiquität zu betrachten und die hier genannte *exceptio (Plaet.)* in Folge der *exceptio doli* verschwunden ist. Diese Behauptung wird unterstützt dadurch, dass es im *corpus iuris* keine fernern Stellen gibt, welche die *except. leg. Plaet.* erwähnen.

Man müsste sich nemlich darüber wundern, dass die *exceptio leg. Plaet.* nicht in die *exceptio doli* aufgegangen sei, und würde darin nichts weiter finden dürfen als ein ungebührliches Festhalten an veralteten Rechtsmitteln. Undenkbar wäre dies bei dem römischen Konservatismus freilich nicht, aber alsdann wiederum unbegreiflich, warum die in früherer Zeit so sehr wichtige *exc. leg. Plaet.* nicht mehr in den Quellen berücksichtigt sei. Höchst wahrscheinlich aber ist die einzige bestimmte Erwähnung derselben in L. 7 §. 1 D. de exc. nur ein Beweis dafür, dass eine gesetzliche Aufhebung derselben nicht erfolgt ist, was eine faktische Nichtanwendung durchaus nicht ausschliesst, so dass es der *exc.* aus der *lex Plaet.* in derselben Weise ergangen wäre wie der *actio*, deren Aufhebung auch nirgendwo hervorgehoben, von der es aber feststeht, dass sie schon längst nicht mehr gebräuchlich war. Wie die *actio leg. Plaet.* durch die *actio doli* und die *in integr. rest. propt. min. aet.* ihre Existenz verlor, denselben Weg wird auch wohl die *exc. leg. Plaet.* zurückgelegt haben, indem an ihre Stelle die *exc. doli* und *in integr. rest.* traten¹¹⁾. Die zum Beweise des Gegentheils von Burchardi S. 208 aufgeführte L. 13 §. 27—29 D.

¹¹⁾ Flach, a. a. O. S. 13 N. 6.

de act. empti (19, 1)¹²⁾ wird von Savigny (S. 265 N. a) mit Recht als eine Restitution enthaltend aufgefasst, die Worte „*aut stetur emptioni aut discedatur*“ sind kein Gegengrund, wie Burchardi annimmt, denn es ist durchaus nicht unmöglich, dass Ulpian auch für den Fall einer vorher noch nothwendigen Restitution diese Worte gebraucht hätte.

Zweifelhafter ist Burchardi rücksichtlich anderer Stellen des *corpus iuris*, nemlich

1) L. 7 pr. D. de dolo (4, 3).

Diese Stelle spricht von der *actio doli*, welche nach allgemeinen Grundsätzen da ausgeschlossen ist, wo ein anderes Rechtsmittel ausreicht. In dem konkreten Falle hat man zuerst an die *actio empti* und die *in integr. rest.* gedacht; allein erstere wird dem *minor* aus dem Grunde versagt, weil es nicht nachzuweisen, dass der *emptor venditi cum peculio servi* bei der Freilassung des Sklaven dolose handelt, und *in dubio secundum libertatem* zu sprechen ist, zweites Rechtsmittel ist unanwendbar, weil die *rest. contra libertatem* gesetzlich versagt wird¹³⁾.

2) L. 16 §. 1 D. de min.:

Item relatum est apud Labeonem, si minor circumscriptus societatem coierit, vel etiam donationis causa, nullam esse societatem nec inter maiores quidem: et ideo cessare partes Praetoris. Idem et Ofilius respondit: satis enim ipso iure munitus est.

Auch hier hat Burchardi Unrecht; denn es ist wenigstens von Ulpian an die *except. leg. Plaet.* nicht gedacht worden, sondern an die *actio pro socio*¹⁴⁾. Es ist bekannt,

¹²⁾ *Si quis colludente procuratore meo, ab eo emerit, an possit agere ex empto? Et puto, hactenus, ut aut stetur emptioni, aut discedatur. §. 28. Sed et si quis minorem vigintiquinque annis circumvenerit, et huic hactenus dabimus actionem ex empto, ut diximus, in superiore casu. §. 29. Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus: nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat.*

¹³⁾ L. 9 §. 6 D. de min.

¹⁴⁾ Allerdings ist es schwer, hier die Grenzen zwischen den Worten Ulpian's und der von ihm referirten Aeussierung Labeo's zu entdecken, und wahrscheinlich stammen die Worte: „*et ideo cessare partes Praetoris*“ von Ulpian. Rührten sie aber auch noch von Labeo her, so wäre damit

dass der *actio pro socio* als *bonae fidei doli exceptio inest*: ihre Formel lautet: *Quidquid N^m A^o dare facere oportet ex fide bona*. Bei diesen Klagen wird der *dolus* schon an und für sich berücksichtigt und der klagende *socius* gewärtigt schon von vorneherein die Erklärung von Seiten des Prätors, dass keine *societas* in Folge des *dolus* vorliege, er also aus diesem Verhältniss keine Rechte geltend machen kann¹⁵⁾. Deshalb auch „*satis enim ipso iure munitus est*“. — Möglich ist es freilich immer, dass Labeo die *except. leg. Plaet.* annahm, dass der Zusatz „*nec inter maiores quidem*“ von Ulpian herrührt, wozu die Berufung auf Ofilius vollständigst passt, und dass die Worte „*satis enim ipso iure munitus est*“, ursprünglich von Labeo auf den *minor* bezogen worden sind. Wie dem aber auch sei, zur Zeit Ulpian's waren beide — *minor* und *maior* — in diesem Falle auf die gleiche Stufe gestellt, es war jeder in derselben Weise *ipso iure munitus*, und Nichts veranlasst uns diese Worte für den *minor* anders zu interpretiren als für den *maior*. — Demgemäss ist auch hier keine *exc. leg. Plaet.* anzuerkennen¹⁶⁾.

Das Resultat von Vorstehendem ist demnach Folgendes Die Klage aus der *lex Plaet.* verschwand in Folge des Eintritts der allgemeineren *actio doli*, dasselbe muss auch rücksichtlich der *exceptio* angenommen werden. An Stelle der *actio* sowohl als *exceptio* trat im spätern Rechte die *in integr. rest. propter min. aet.*

Aeltere Juristen¹⁷⁾ haben behauptet, diese *except. leg. Plaet.* sei eben die *in integr. rest. minorum*. Diese Ansicht ist schon längst widerlegt worden und bedarf daher keiner ausführlicheren Darstellung. Es ist unmöglich, dass eine *lex* die prätorische Restitution eingeführt habe und

weder eine *except. leg. Plaet.* noch *in integr. rest.*, die letzterer etwa hätte anerkannt, dargethan. — Die unzulässige Erklärung dieser Stelle bei Glück, Pandektenkomm. Bd. 5 S. 539 bedarf keiner weiteren Widerlegung.

¹⁵⁾ Keller, Civilprozess S. 145; Eisele, materielle Grundlage der *exceptio*. Berlin 1871 S. 74 f.

¹⁶⁾ Trotz vielfacher Nachsuchungen im *corp. iuris* und in zahlreichen Werken über Römisches Recht ist es mir nicht gelungen, andere als L. 7 §. 1 D. de *except.* von einer *exc. leg. Plaet.* handelnden Stellen aufzufinden.

¹⁷⁾ Vgl. hierüber Burchardi S. 209.

nirgends wird die *lex Plaetoria* genannt, als welche die *in integr. rest. minorum* ins Rechtsleben gebracht habe: ihr Wirkungskreis und das Verfahren bei derselben ist ein ganz anderes als bei der *in integrum restitutio*. — Das Folgende wird dies noch genauer darthun.

B. Das prätorische Edikt über die *in integr. rest. min.*

§. 24.

Das Edikt über die *in integr. rest. propt. min. aetat.* ist ziemlich späten Ursprungs. Dies geht daraus hervor, dass die im *corpus iuris* befindlichen dasselbe behandelnden Stellen aus späteren Schriftstellern entnommen sind. Dieser Ansicht ist auch Burchardi; jedoch geht er zu weit, wenn er behauptet, dass diese Restitution nicht über die Zeiten Trajans hinausgeführt werden könne¹⁾.

Allerdings scheint Cicero die *in integr. rest. minorum* nicht zu kennen, da sich sonst in seinen Quellen wohl Anführungen derselben fänden. Auch darin könnte Burchardi Recht haben, dass L. 45 pr. D. de min. von der *rest. maiorum* zu verstehen sei, dass *Callistratus* die von *Labeo* rücksichtlich der *rest. maior.* aufgestellte Behauptung zu der *rest. min.* gesetzt habe, ebenso wie betreffs seiner Ansicht über die schon berührte L. 16 D. eod., dass nemlich *Ofilius* diese Restitution auch nicht gekannt habe.

Wenn aber Burchardi die Behauptung aufstellt, dass die *rest. min.* jünger sei als *Labeo*, so erscheint dies als unrichtig. Dieser Ansicht Burchardi's widerspricht nemlich (abgesehen von L. 45 pr. D. h. t.), eine Aeusserung *Labeo's*, woraus hervorgeht, dass er die *in integr. rest. min.* gekannt haben muss, nemlich in

L. 13 §. 1 D. h. t.:

Interdum autem restitutio et in rem datur minori, id est, adversus rei eius possessorem, licet cum eo non sit contractum: utputa rem a minore emisti et alii vendidisti: potest desiderare interdum adversus possessorem restitui, ne rem suam perdat, vel re sua careat: et hoc vel cognitione Praetoria, vel rescissa alienatione, dato

¹⁾ S. 213 ff.

in rem iudicio. Pomponius quoque libro vicesimo octavo scribit, Labeonem existimasse, si minor vigintiquinque annis fundum vendidit et tradidit, si emptor rursus eum alienavit: siquidem emptor sequens scit rem ita gestam, restitutionem adversus eum faciendam: si ignoravit et prior emptor solvendo esset, non esse faciendam; sin vero non esset solvendo, aequius esse minori succurri etiam adversus ignorantem, quamvis bona fide emptor est.

Es referirt hier Pomponius eine Aeusserung Labeo's, die jedenfalls nicht aus der Zeit herrührt, da das Edikt eben aufgestellt worden war. Die Frage ist nemlich die, ob ein Minderjähriger, welcher eine Sache veräussert hat, gegen diese Veräusserung auch alsdann Restitution erhalten dürfe, wenn der betreffende Gegenstand schon in dritte Hände übergegangen sei. Labeo unterscheidet hier zwei Fälle: Weiss der neue Eigenthümer, dass sein Rechtsvorgänger den *fundus* von einem *minor* gekauft hat, so soll unbedenklich dem *minor* gegen den nunmehrigen Besitzer Restitution gewährt werden; weiss derselbe dies aber nicht, so soll der *min.* nur alsdann der *rest.* theilhaftig werden, wenn sein erster Rechtsnachfolger zahlungsunfähig ist, denn es sei besser, dem *minor* sogar gegen den *bonae fidei emptor* zu Hülfe zu kommen. In letztem Satze zeigt sich schon eine an's Unzulässige grenzende Ausdehnung der *rest. min.* Die einzige Möglichkeit für Burchardi, dem aus dieser Stelle gezogenen Schlusse zu entgehen, ist die Annahme, dass Ulp. resp. Pomp. ungenau citirt haben; aber dafür fehlt jeder Anhaltspunkt. Ausserdem wird dieselbe von vorneherein abgeschnitten dadurch, dass Pomp. in seinem Lib. 28 vorzugsweise Labeonische Ansichten dargestellt hat. Dies geht hervor aus L. 45 pr. in Verbindung mit L. 13 §. 1, und in Erwägung und Berücksichtigung der ausgebildeten Anwendung der *restitutio* in L. 13 §. 1 erhält die Burchardi entgegengesetzte Ansicht, dass auch in L. 45 pr. von Labeo an die *rest. minorum* gedacht worden sei, grosse Wahrscheinlichkeit.

Hiermit fällt nun auch eine weitere Ansicht Burchardi's, nemlich dass die *in integr. rest.* jünger sein müsse als die *lex Claudia de tutela mulierum*. Dieser Schriftsteller stützt

sich hiefür auf den Umstand, dass bei der Aufstellung und Interpretation des Edikts nicht unterschieden werde zwischen minderjährigen Jünglingen und Jungfrauen. Hätte die *agnatorum tutela* noch existirt und wäre die aufhebende *lex Claudia* später als die *in integr. rest. min.*, so würden sich doch jedenfalls Spuren im *corp. iuris* finden, die eine Ausdehnung des ursprünglichen nur für Jünglinge bestimmten Rechtsmittels auf minderjährige Frauenzimmer darthun dürften. Da dem aber nicht so sei, so müsse die *rest.* als jünger denn die *lex Claudia* angenommen werden. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ist schon durch L. 13 §. 1 cit. dargethan. Höchstens dürfte zugestanden werden, dass, nachdem die *lex Claudia* die *tutela agnatorum* aufhob, die *in integr. restitutio minorum* schon auf die *inpuberes* ausgedehnt war und demgemäss keine Veranlassung vorlag, ihre Zulässigkeit für *feminae inpuberes* noch besonders hervorzuheben; für *feminae puberes* galt ja schon ohnehin das prätorische Edikt über die Minderjährigen, welches ganz allgemein vom *minor* ohne Scheidung zwischen den beiden Geschlechtern spricht²⁾.

Mit dieser Darlegung fällt denn auch die Bemerkung Burchardi's, dass die *rest. minorum* in den Geist der Zeit passe, wo das SC Velleian. und Maced. erlassen worden sei, es ist nur soviel zuzugeben rücksichtlich des SC Vell., dass das Motiv der Einführung ein gleiches war, wie bei der *in integr. rest. min.*, dass aber schon der Ursprung beider Rechtsmittel (SC — prätorische Macht) eine Verschiedenheit der Zeit beweisen.

Also Labeo kannte die *in integr. rest.* schon; dieselbe wurde durch die Doktrin und Gesetzgebung der folgenden Zeit immer mehr ausgebildet. Dafür liefern uns ausser sämtlichen hieher gehörigen Codexstellen folgende Stellen aus den Digesten den Beweis:

L. 3 §. 1 D. h. 1. (Celsus, Vater oder Sohn)

²⁾ Es ist vielleicht nicht überflüssig, hier zu bemerken, dass die *tutela feminarum puberum* sich in wesentlichen Punkten von der *tutela impuberum* unterschied, wenigstens im spätern Recht der *cura minorum* näher stand als der *tutela impuberum*. In Berücksichtigung diesses Umstandes werden wir es begreiflich finden, dass die *in integr. rest. min.* auch *feminae puberes* umfassen konnte. Vgl. Rudorff, Recht der Vormundschaft I S. 93.

L. 11 §. 5. (Julianus und Marcellus.)

L. 7 §. 7. L. 16 (Pomponius)

L. 11 §. 1 (Marcus Aurelius, Scaevola.)

Allerdings wird zwischen der *lex Plaet.* und der *rest. propt. min. aet.* ein ziemlicher Zeitraum gelegen haben, und demgemäss ist es unrichtig, anzunehmen, letztere sei nicht viel spätern Ursprungs als erstere³⁾. Man wird sich in dem ersten Jahrhundert nach Einführung des *lex. Plaet.* mit den aus diesem Gesetz herrührenden Rechtsmitteln und andern, so gut es eben anging, ausgeholfen haben und die Bahn der Restitution ist erst alsdann betreten worden, als dieselbe sich für andere Fälle unumgänglich erwiesen hatte und sich für die *min. aetas* sehr praktisch zeigte. Ein gewisser Zusammenhang des neuern Rechtsmittels mit dem ältern wird sich freilich nicht verkennen lassen, was vorzugsweise aus der ursprünglichen Verjährungszeit der Restitution, nemlich eines *annus utilis* hervorgeht, die zweifelsohne von der *act. legis Plaet.* herübergenommen ist⁴⁾.

§. 25.

Was war aber der Grund zur Einführung der *in integr. rest.*?

Wohl kein anderer, als die Unzulänglichkeit der vorhandenen Rechtsmittel und die Festhaltung des Grundsatzes der Handlungsfähigkeit der Minderjährigen¹⁾. Man sah im Römischen Recht ein, dass der Termin der Mündigkeit zu früh angesetzt war, wollte aber denselben mit echt römischem Konservatismus nicht hinausschieben, und so musste ein Aushilfemittel für die Zeit gesucht werden, wo die Minderjährigen in Folge ihrer Handlungsfähigkeit Schaden er-

³⁾ Das Gegentheil nimmt Biener, *hist. iur. civ. de rest. in integr. cap. V p. 21 an.*

⁴⁾ *legitimum tempus*: L. 19 D. h. l. *legitima aetas*: L. 12 C. de adm. tut. (5, 37). Savigny *lex Plaet.* S. 344. Ueber andere unhaltbare Ansichten vgl. denselben S. 345 ff.

¹⁾ Wenn davon bei der Veräusserung von Grundstücken seitens der Minderjährigen ohne kuratorischen Konsens abgewichen wurde (L. 3 C. de in integr. rest. min. (2, 22), so hatte dies seinen singulären Grund. — Unvernünftig ist die Interpretation dieser Stelle bei Chauveau S. 16 ff.

litten und die bisherigen Rechtsmittel nicht ausreichten. Die römische Jugend war erschrecklich leichtsinnig geworden, kein Gesetz war im Stande, sie vor Vermögensnachtheilen durch unbesonnene Eingehung von Verbindlichkeiten sicher zu stellen, wenn nicht der Gegenpartei *dolus* nachzuweisen war. Gegen diesen Uebelstand versprach der Prätor seine Hülfe durch das Edikt:

*Quod cum minore XXV annis gestum esse dicetur: uti quaeque res erit, animadvertam*²⁾.

Ganz allgemein spricht der Prätor, ohne die Existenz eines *curator* zu berücksichtigen; die Erwähnung eines *tutor* erschien ohnehin unzulässig, da unter *minor XXV annis* technisch die *puberes* zu verstehen sind und nach Römischen Rechte der *tutor* die für die *impuberes* handelnde und vorzugsweise maassgebende Person war. Aus dieser Nichtberücksichtigung des *curator* folgt, dass zu der Zeit, wo das Edikt proponirt wurde, zu Rechtshandlungen Minderjähriger die Zusicherung eines *curator* überflüssig war, also wiederum ein Beweis dafür, dass das Edikt *de minorib.* vor der die *cura* vorschreibenden Konstitution Marc Aurels aufgekommen ist. Wir würden sonst zweifelsohne eine Berücksichtigung dieses neuen Gesetzes, dem Marc Aurel eine grosse Wichtigkeit beilegte, in den hierhin gehörigen Quellenstellen finden³⁾.

Da nun einmal im Edikt die *curatores* nicht erwähnt waren, so lag kein Grund vor, denjenigen Minderjährigen die Restitution zu versagen, welche unter Kuratel standen; demgemäss erhielten alle Klassen Minderjähriger Restitution, auch *feminae puberes sub agnatorum tutela*.

Später jedoch hielt man es mit gutem Recht für un-

²⁾ Dass das Edikt ursprünglich anders, wenigstens ausführlicher gelautet habe als es in L. 1 §. 1 steht, scheint aus L. 19 D. h. t. hervorzugehen, wo die Verjährungszeit der *in integr. rest.* als im Edikt stehend angegeben wird. Daher behauptet Heineccius ad edict. perp. tit. 26 §. 2 nicht mit Unrecht, dass das Edikt früher wohl folgendermassen gelautet habe: *Quod etc. res erit, intra annum quo primum experiundi potestas erit, animadvertam*. Daraus ist jedoch nur so viel zu schliessen, dass die Kompilatoren den *annus utilis* in Folge der Aufhebung durch L. 2 C. Theod. de integri restitut. (2, 16) oder L. ult. C. Just. de temp. in integr. rest. (2, 53) weggelassen haben.

³⁾ Vielleicht hatte jene Kaiserkonstitution sogar den Zweck die Masse der *restitutiones min.* in etwa zu vermindern, drang damit aber nicht durch.

billig, die *rest. min.* nur auf *puberes* zu beziehen: die *impuberes* als unter Tutel stehend, wurden ebenfalls unter das Edikt mit einbegriffen, freilich nur für den Fall, wo sie *auctore tutore* kontrahirt hatten, denn ohne diese *auctoritas* waren sie handlungsunfähig. Dies war die erste Ausdehnung des Edikts. Es geht dies jedoch nicht aus den Stellen des *corpus iuris* hervor, welche insgemein als eine weitere Anwendung auf *impuberes* direkt beweisend angenommen werden⁴⁾, indem dieselben nur spezielle Fälle der *rest. impuberum* auführen, nirgends aber eine Ausdehnung der *restitutio* auf *impuberes* andeuten. Diese Stellen beweisen nur eine *rest. impuberum*, und da *minor XXV annis* ursprünglich die technische Benennung derjenigen Personen ist, welche älter als 15, jünger als 25 Jahre sind, so lässt sich nicht mehr behaupten, als dass die Juristen eben durch die Anerkennung der *in integr. rest.* für *impuberes* diese Ausdehnung statuiert haben, ohne dass im *corpus iuris* sich eine Erwähnung dieser Erweiterung findet. Innere Gründe sprachen für die Ausdehnung der *rest.* auf die *impuberes*, äussere nicht. Demgemäss ist auch die Behauptung Burchardi's unrichtig, dass zu Ulpian's Zeit die Theorie nicht ganz auf dem Reinen gewesen, inwieweit den Unmündigen Restitution zu ertheilen, und erst durch die Kaisergesetzgebung fixirt sei. Diese Anwendung der *rest.* auf die Unmündigen muss in Folge Interpretation des Edikts durch die Prätores aufgekommen sein, und zwar ziemlich früh, weil sonst die klassischen Juristen dieselbe hervorgehoben und die Kompilatoren nicht unterlassen hätten, deren Bemerkungen ebenfalls mitzutheilen.

In Folge dieser ausdehnenden Interpretation des Prätors haben wir es nunmehr mit zwei Fällen, wo die Restitution Platz greift, zu thun, d. h. der Restitution der Minderjährigen, mögen dieselben mit oder ohne Curator gehandelt haben, und der Restitution der Unmündigen und zwar nicht bloss dann, wenn sie *auctore tutore* kontrahirt hatten, sondern

⁴⁾ Es sind dies: L. 3 §. 4 und 7, L. 7 §. 8 L. 29 pr. §. 1 L. 38 pr. L. 47 pr. D. de min. L. 2. 3. 5 C. si tutor (2, 35), L. 4. 5 C. si adv. rem iud. (2, 27). Vgl. Burchardi S. 215 N. 34, Savigny S. 148 N. e, Brinz (§. 37) S. 114, Steinberger S. 326.

auch auf die Verwaltung des *tutor* sich beziehend⁵⁾. Für Beide aber, sowohl Minderjährige als Unmündige, lag der Grund der Restitution in der *inconsulta facilitas*; es genossen die Vortheile der Wiedereinsetzung sowohl Personen männlichen als weiblichen Geschlechts.

§. 26.

Diese Restitution ist die vollständigste und ausgebildetste; kein anderer Grund hat eine solche vielfache Anwendung gefunden als gerade die *minor aetas*¹⁾. Sie gleicht in etwa der *propter absentiam*, insoweit bei beiden gleichsam ein gewisser persönlicher *habitus* die Restitution veranlasst, entgegengesetzt den *propt. dol. metum, errorem*, wo mehr ein zufälliges Ereigniss Grund der Restitution ist; sie ist aber nicht so eng begrenzt wie die *rest. ob absent.* und geht sogar so weit, dass sie als ein Surrogat bei Appellation erscheint.

L. 42 D. h. t.:

*Quod enim appellatio interposita maioribus praestat, hoc beneficio aetatis consequuntur minores*²⁾.

Eine sichere Bestimmung des Wirkungskreises der *rest. min.* im Römischen Recht ist in Folge der vielfachen mannichfaltigsten Anwendung fast unmöglich. Wir haben schon oben gezeigt, dass der Begriff der Läsion bei dieser Restitution ein ganz anderer weiterer war, als bei den übrigen *caussae*³⁾: über alle Rechtsgeschäfte mit Minderjährigen schwebte die Gefahr der Restitution zu Ungunsten der mit denselben kontrahirenden Personen, und daher rührt die Vorschrift des Paul. in L. 24 §. 1 h. t.:

Non semper autem ea, quae cum minoribus geruntur,

⁵⁾ Savigny S. 148.

¹⁾ Richtig ist es, wenn Savigny S. 146 sagt, dass die Juristen bei dieser Restitution Vieles dargestellt hätten, was für die verschiedenen Restitutionen allgemein gelte. Jedoch ist es hierbei nöthig, sich vor allgemeinen Schlüssen aus dem zu hüten, was *ius singulare* des Minderjährigen ist.

²⁾ L. 2 C. Sentent. rescindi non posse (7, 50).

³⁾ Oben §. 9. — Wie weit gehend diese *in integr. rest.* war, zeigt sich darin, dass sie gegen das SC Maced. sowohl als Velleian. gestattet wurde: L. 11 §. 7 D. de min. L. 3 §. 2 D. de SC Maced. (14, 6). — L. 12 D. de min.

rescindenda sunt: ne magno incommodo huius aetatis homines adficientur, nemine cum his contrahente et quodammodo commercio eis interdicetur. Itaque, nisi aut manifesta circumscriptio sit, aut tam negligenter in ea causa versati sunt, Praetor interponere se non debet.

Ob aber nicht dennoch der Prätor bei der so allgemeinen Fassung des Edikts sich zuweilen *interposuit*, wo Paulus dies für unzulässig erachtet, dies möchte bezweifelt werden. Der Begriff der *circumscriptio* war ein so relativer, dass der Prätor alles Mögliche darunter subsummiren konnte, was ihm passend erschien, zumal das Edikt keine Grenzen steckte.

Daher ist auch die Behauptung Savigny's S. 149 im vollsten Maasse gerechtfertigt, „dass ein innerer Grund des Fortbestehens der Restitution der Minderjährigen nicht mehr vorhanden ist“. Schon im Römischen Recht herrschte in der Anwendung dieses Rechtsmittels eine grosse Willkür, die sich im Deutschen Recht nach Aufhebung des Unterschiedes zwischen Tutel und Kuratel noch vergrösserte. — Diese ungeheure Ausdehnung der *in integr. rest.* erkannte auch Justinian an und diesem Gedanken verdankt tit. C. 2, 41 seinen Ursprung, in welchem der Kaiser für gewisse Fälle das ausserordentliche Rechtsmittel der Restitution versagt, und durch das ordentliche Recht ersetzt. Dieser Weg wurde etwas zu spät betreten; wäre man früher darauf ausgegangen die Fälle der Restitution zu vermindern, so würde man ganz bestimmt dazu gekommen sein, einen Theil der bisherigen Anwendungen für unnöthig zu erklären, bei den andern aber die Restitution versagt haben, zugleich jedoch eine Verbesserung des Vormundschaftsrechts herbeizuführen.

Savigny S. 148 glaubt, dass bei den Römern seit der allgemeinen Einführung der Kuratel das Bedürfniss nach der Restitution nur in beschränktem Maasse übrig geblieben sei. Diese Ansicht ist unrichtig; denn erstens war die Kuratel nicht allgemein (*inviti adolescentes curatorem non accipiunt*), zweitens ersehen wir aus unsern Quellen, dass die Restitution nach Einführung der Kuratel nicht seltener geworden ist, eben weil für den Minderjährigen keine Verpflichtung existirte, einen *curator* zu haben. Die römische

Gesetzgebung blieb hier auf halbem Wege stehen; anstatt die Minderjährigen an die Zustimmung des Curators für alle Fälle zu binden und höchstens für ganz besondere Ereignisse die Restitution zuzulassen, blieb man bei der ursprünglichen Handlungsfähigkeit derselben und suchte, wenn sie in Folge derselben zu Schaden gekommen, überall durch Restitution zu helfen.

§. 27.

Nach diesen gleichsam allgemeinen Bemerkungen gehen wir nun zu Betrachtung der Restitution im Einzelnen über.

Die erste Voraussetzung bei derselben ist die Minderjährigkeit des Imploranten zur Zeit der erlittenen Verletzung, also bis zum letzten Tage des vollendeten fünfundzwanzigsten Jahres. Als juristisch nicht mehr minderjährig, wenn auch faktisch jünger denn 25 Jahre wird derjenige angesehen, welcher *veniam aetatis* erlangt hat. Diesem wird die Restitution gegen Rechtshandlungen nicht zu Theil: er steht juristisch dem Grossjährigen gleich¹⁾. Dass bei der Anbringung des Gesuchs um Restitution noch Minderjährigkeit vorliege, wird nicht verlangt: die erlittene Verletzung darf jedoch nicht in die Grossjährigkeit hineinfallen. Daraus folgt, dass Restitution gegen die *venia aetatis* zulässig ist, wenn dieselbe Grund von Verletzung geworden ist, da sie ja in die Zeit der Minderjährigkeit fällt²⁾. Wie aber zu urtheilen sei, wenn ein Rechtsgeschäft schon zur Zeit der Minderjährigkeit seinen Anfang genommen, seine Vollendung jedoch erst nach erfolgter Grossjährigkeit eingetreten ist und dasselbe, wenn die Vollendung zur Zeit der Minderjährigkeit erfolgt wäre, zur Bitte um Restitution für den Minderjährigen geeignet wäre, das lässt sich absolut nicht feststellen, sondern kommt auf die konkreten Umstände an. Liegt in der nachherigen Perfektion ein Verzicht auf die Restitution, so wird dieselbe zu versagen sein, sonst wird der Prätor sie gewähren müssen³⁾.

¹⁾ L. 1 C. de his qui ven. aet. (2, 45) vgl. mit L. 2. 3. eod.

²⁾ Dies ist nicht als Beschränkung der Restitution aufzufassen, wie Vangerow §. 183 Anm. 2, ⁸⁾ und Chauveau S. 52 thun.

³⁾ L. 3 §. 1 und 2 D. h. t. Burchardi S. 220.

Ferner: Die erlittene Verletzung muss hervorgehen aus der *inconsulta facilitas* des Minderjährigen: hat sie ihren Grund in derselben nicht, würden ihr also auch Grossjährige nicht entgangen sein, so wird Restitution versagt⁴⁾. Es kommt deshalb, wie oben schon angedeutet, nicht darauf an, ob der Minderjährige unter Kuratel steht oder nicht, ob er männlichen oder weiblichen Geschlechts, ob er *sui* oder *alieni iuris*⁵⁾ ist, ob derselbe den eintretenden Schaden voraussah und ihn nicht abwandte⁶⁾, sogar ob er das in Folge des Geschäfts Erhaltene verloren oder verschleuderte⁷⁾, sogar darauf kommt es nicht an, ob das Geschäft obrigkeitliche Bestätigung gefunden oder nicht⁸⁾. Die Restitution der Minderjährigen geht sogar so weit, dass der *minor* gegen die Nachlässigkeit und Fehler seines *procurator* restituirt wird, sofern von demselben keine Entschädigung zu erhalten ist⁹⁾. Dass bei Ueberschreitung des Auftrags durch den Bevollmächtigten keine Restitution stattfindet, hat seinen Grund darin, dass durch dieselbe der Minderjährige nicht verpflichtet wird, mithin eine Restitution überflüssig ist¹⁰⁾.

Hieraus folgt die Unrichtigkeit der Behauptung Burchardi's S. 227, wenn er sagt, die Restitution träte aus dem Grunde nicht ein, „weil Niemand gegen Ueberschreitung seiner Aufträge gesichert ist“. Richtig ist jedoch die Ansicht Burchardi's betreffs des *negotiorum gestor*, indem der durch die Geschäftsführung für den *minor* eingetretene Nachtheil mit der Minderjährigkeit in keinem Zusammenhange steht, sondern derselbe nur das erleidet, was Jeder in ähnlichen Verhältnissen sich gefallen lassen muss, und dem in keiner Weise vorzubeugen ist. Für einen solchen Fall bleibt ihm nur die *actio negotiorum gestorum*.

4) L. 11 §. 4. 5 L. 25 §. 1 D. h. t. L. 1 C. qui et adv. quos (2, 42); Windscheid §. 117 N. 2.

5) L. 3 §. 4 D. h. t. tit. Cod. de filiofam. min. (2, 23).

6) L. 4 D. qui falso tut. (27, 6).

7) L. 11 §. 6. L. 24 §. 4 L. 27 §. 1. L. 34 pr. D. h. t. L. 32 §. 4 D. de adm. tut. (26, 7). L. 1. 2. Cod. si adv. cred. (2, 38).

8) L. 11 C. de praed. (5, 71).

9) L. 23 D. de min. L. 11 §. 1 D. de inst. (14, 3).

10) L. 4 C. in quib. causs. (2, 41) L. 2. 4 C. de procurat. (2, 13).

Rücksichtlich des Falles, wo ein Minderjähriger einen Grossjährigen beerbt hat, gilt Folgendes:

Gegen nachtheilige Rechtsgeschäfte der Grossjährigen wird dem *minor* keine Restitution gegeben, weil hier nicht die *inconsulta facilitas* des Letztern der Grund zur Läsion gewesen ist, mögen sich auch die nachtheiligen Folgen dieses Geschäfts erst nach Antritt der Erbschaft zeigen¹¹⁾. Wird dadurch das ganze Erbschaftsvermögen in seinem Bestande wesentlich zu Ungunsten des Erben alterirt, so hat dieser als *minor* Restitution gegen den Antritt der Erbschaft, jedoch nicht gegen das einzelne Geschäft. In etwa anders wird sich die Sache aber verhalten, wenn das Geschäft des Erblassers an und für sich nicht nachtheilig war, wohl aber nach Antritt der Erbschaft Schaden bringend wurde und dieses Ereigniss nur den Minderjährigen in Folge seiner *inconsulta facilitas* treffen konnte: alsdann wird freilich gegen das Geschäft selbst noch keine Restitution gegeben, wohl aber gegen die rechtlichen Folgen dieses Ereignisses¹²⁾.

L. 38 pr. D. h. t.

Paul. R. S. I, 9 §. 8¹³⁾,

welche letztere Stelle noch eine weitere Ausdehnung enthält.

Wie verhält es sich aber, wenn der *dominus* minderjährig war, die Läsion aber in Folge der Handlung eines *servus* eintrat. Nach der Lehre des Römischen Rechts kann der *servus* nicht verpflichtet werden, sondern nur sein Herr; also wird der *servus* auch keinen Anspruch auf Restitution haben¹⁴⁾ (— es liegt eben keine Verpflichtung vor, gegen

¹¹⁾ L. 2 C. si adv. vend. pign. (2. 29).

¹²⁾ Burchardi S. 229.

¹³⁾ Eine gemeinschaftliche Unredlichkeit von Käufer und Verkäufer in L. 38 pr. cit., woran Windscheid §. 117 N. 6 f. denkt, ist nicht anzunehmen. Man muss übrigens anerkennen, dass in dieser Stelle das Prinzip, aus dem Restitution ertheilt würde, nicht recht ersichtlich ist. — Die von Windscheid als eine *rest. propt. dolum* enthaltend aufgeführte Stelle aus Paul. R. S. cit. ist als eine *restitutio propter minorem aetatem* aufzufassen, da in dem dortigen Falle Grossjährigen zweifellos nur *actio doli* gewährt wurde. Vgl. L. 38 D. de dolo malo.

¹⁴⁾ Keine Ausnahme wenn der in Folge eines Fideikommisses freizulassende *minor servus* sich wegen des Fideikommisses in nachtheiliger Weise verpflichtete. Denn wenn er auch faktisch noch nicht frei war, so wird doch

welche er restituirt werden kann). Ebenso hat sein Herr kein Anrecht auf Restitution, da es unbillig erscheint, Letzterem Restitution zu gewähren, weil er bei Anstellung des *servus* diese Eventualität in's Auge fassen sollte.

L. 3 §. 11 D. h. t.:

Servus autem minor annis vigintiquinque nullo modo restitui poterit: quoniam domini persona spectatur, qui sibi debet imputare, cur minori rem commisit. Quare et si per impuberem contraxerit, idem erit dicendum, ut et Marcellus lib. 11. Digestorum scribit. Et si forte libera peculii administratio minori servo sit concessa, maior dominus ex hac causa non restituetur.

Ueber den Fall, wo der *dominus* minderjährig war und ebenfalls der Geschäftsführer, enthalten die Quellen meines Wissens keine Entscheidung. Bei der *negot. gestio* wird der *negotior. gestor* wohl Restitution zu verlangen berechtigt sein; es wird die Sache in ähnlicher Weise betrachtet werden müssen, wie wenn der *dominus maior* gewesen¹⁵⁾. Wahrscheinlich ist bei dem Mandate die Sache die, dass der *dominus minor* schon von vorneherein Restitution verlangen kann, da die Ursache der eingetretenen Verletzung in seiner eigenen *inconsulta facilitas* liegt, und nicht wie in dem Falle, wo der *procurator maior* ist, erst dann, wenn der *procurator* zahlungsunfähig ist.

§. 28.

Ferner aber muss die Verletzung, gegen welche der Minderjährige Restitution begehrt, ihn als solchen betroffen haben. Hieraus folgt, dass wenn der Minderjährige Mandatar eines Andern gewesen ist, er weder selbst noch der *dominus* Restitution beanspruchen kann; denn der Vortheil derselben würde nicht dem *minor*, sondern dem Mandanten zu Gute kommen und der Mandant kann keine Restitution erhalten, weil er die Folgen der Wahl eines ungeeigneten

nach erfolgter Freilassung die Freiheit von dem *dies fideicommissi* an gerechnet, er also seit dem Tage als *minor liber* später betrachtet werden müssen. L. 5 D. h. t. L. 26 §. 1 §. 7. D. de fideicomm. lib. (40, 5).

¹⁵⁾ Siehe über diesen und den folgenden Satz gleich nachher.

Mandatars selbst zu tragen hat¹⁾. Anders aber ist die Sache, wenn der *minor* vom *dominus* keine Erstattung der aufgenommenen Kosten erlangen kann, indem hier der aus dem Rechtsverhältnisse entstandene Schaden den Minderjährigen trifft. Dass jedoch die Restitution alsdann Platz greift, wo der *minor negotiorum gestor* eines Andern gewesen, rührt daher, dass derselbe, falls er durch die Geschäftsführung dem *dominus negotii* Nachtheil gebracht, demselben hierfür haften muss, also der Schaden auf ihn fällt. Um den *dominus* vollständig gegen die ihm durch die *neg. gest. minoris* entstandene Verletzung sicher zu stellen, schreibt das Römische Recht noch vor, dass, falls der *minor* die Restitution nicht erbitten will (was er freilich erst dann unterlassen wird, wenn er selbst wegen Zahlungsunfähigkeit nicht haften kann), derselbe genöthigt ist, seinem Prinzipal den Anspruch auf Restitution zu cediren, so dass dieser durch dieselbe dem Schaden entgehen kann²⁾. — Streng genommen, müsste derselbe Grundsatz auch dann gelten, wenn der minderjährige Mandatar durch Ueberschreitung seines Auftrags dem *dominus* Schaden zugefügt hätte; allein hier bestimmt das Römische Recht in äusserst glücklicher Einschränkung, dass Restitution nicht Platz greifen solle, sondern dem *dominus* die Folgen zuzumessen wären, wenn er mit Besorgung seiner Angelegenheiten einen *minor* betraut hatte³⁾; ähnlich wie in dem obigen Falle, wo ein *servus minor* bei Kontrahirung für den *dominus minor* denselben in Schaden gebracht hatte.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob die *filiis familias minoribus* verstattete Restitution auch deren Vater zu Gute komme. Göschen a. a. O. S. 552 ist der Ansicht, die römischen Juristen wären darüber verschiedener Meinung gewesen, Gaius⁴⁾ habe die dem Sohne zustehende Restitution auch dem Vater zuwenden wollen, Ulpianus⁵⁾ dagegen versagt. Zur Beurtheilung dieser Behauptung ist es

¹⁾ L. 3 §. 11. L. 4. L. 23 D. h. t. — L. 23 i. f. D. h. t. L. 8 D. de instit. act. (14, 3).

²⁾ L. 24 pr. D. h. t. Paulus S. R. I, 9 §. 2.

³⁾ L. 23 i. f. D. h. t. L. 7 §. 2 D. de inst. act. (14, 3).

⁴⁾ L. 27 pr. D. h. t.

⁵⁾ L. 3 §. 4 D. h. t.

nöthig, die zur Sprache kommenden Stellen genau zu unterscheiden. — Allgemein ist es anerkannt, dass der Minderjährige gegen die ihn treffenden Nachtheile Restitution erhält, dieser Vortheil dem Vater aber nicht zu Statte kommen soll. Da aber die Geschäftsvortheile des Sohnes nicht selten zugleich auch dem Vater fruchtbringend sind, so fragt es sich, welche Geschäfte werden als solche betrachtet, deren Vortheile als dem Vater zukommend angesehen werden, welche als dem Sohne.

Nach Römischem Recht ist das *peculium castrense* und *quasi castrense* eigenes freies Vermögen des *filiusfamilias*; der Vater erhält erst dann ein Recht der Einziehung, wenn der Sohn gestorben ist⁶⁾. Demnach sind die rücksichtlich desselben den *filiusfamilias minor* treffenden Nachtheile, sofern sie natürlich nicht zufälliger Art sind, zur Restitution geeignet. Anders verhält es sich, wenn der *minor* vor der rücksichtlich des *pec. castrense* und *quasi castrense* geltend zu machenden Restitution gestorben und dieses nach dessen Tod an den Vater zurückgefallen ist: in diesem Falle hat der Vater denselben Anspruch auf Restitution, den der verstorbene Sohn gehabt hätte⁷⁾. — Aehnlich verhält es sich mit der *dos*. Hat eine minderjährige Frau in väterlicher Gewalt während der Ehe mit ihrem Vater eine Stipulation vorgenommen, des Inhalts, dass nach Auflösung der Ehe die *dos* an den Vater zurückfallen solle, so hat sie dadurch eine Aenderung ihres ursprünglichen günstigern Rechts an der *dos* vorgenommen und dasselbe in eine reine Vertrags-

⁶⁾ Wenn Savigny S. 154 N. 1. die Behauptung Burchardi's S. 240, dass der Vater ein quasi-erbschaftliches Recht an dem *peculium* des Sohnes habe, angreift, so hat er damit rücksichtlich des von Burchardi mitbegriffenen *pec. prof.* ganz entschieden Recht. Pomponius fasst freilich das Recht des Vaters am *pec. castrense* in L. 3 §. 9 D. h. t. selbst als solches auf, jedoch in einem eigenthümlichen Sinne, indem streng genommen — sicherlich bis zur No. 118 — das *peculium* wenigstens formell immer Vermögen des Vaters war, wenn sich auch das Recht des Vaters erst zeigte, nachdem der Sohn ohne Testament gestorben (L. 19 §. 3 i. f. D. 49, 17). Sicherlich aber hat Burchardi Unrecht, wenn er L. 3 §. 9 auch auf das *pec. profectitium* bezieht; es ist hier die Behauptung Savigny's anzunehmen, dass §. 9 eigentlich nach §. 10 stehen sollte. Wie Burchardi auch Steinberger S. 330.

⁷⁾ L. 3 §. 9. 10 D. h. t.

forderung umgewandelt. Hiergegen kann sie Restitution verlangen⁸⁾.

Wie steht es aber mit dem *peculium adventicium*? Burchardi S. 237 behauptet, dasselbe müsse ähnlich behandelt werden, wie das *peculium castrense* und beruft sich hierfür auf L. 8 §. 6 C. de bon. quae lib. (6, 61):

Ubi autem puerilis aetas patri licentiam praestat etiam sine consensu filii hereditatem nomine eius adire: si hoc fecerit pater, damus quidem filio in integrum restitutionem, postquam patria fuerit potestate liberatus, vel adoleverit: patrem autem omnibus oneribus hereditariis licet nomine filii adiit, modis omnibus illigamus. Quare enim talem hereditatem adiit: qualem nec ipse, nec nunc filius idoneam sibi esse existimat? Non autem filio damus licentiam, si in integrum restitutionem petat, respuendam credens esse hereditatem, adhuc minoribus curriculis instantibus, iterum per aliam restitutionem adire praefatam hereditatem, ne ludibrio leges ei fiant: saepius eandem et amplecti et respuere hereditatem cupienti. Si enim quod pater fecit, filius ratum non habuit, et propter hoc restitutus est: quomodo ferendus videatur iterum iudicium amplectens, quod post patris voluntatem, contraria affectione aspernandum esse existimavit? Sin vero pater quidem hereditatem repudiaverit infante filio constituto, ipse autem filius postea vel adhuc in sacris constitutus, vel patria potestate liberatus, adeundam esse crediderit eandem hereditatem: licentiam damus ei, vel si sui iuris efficiatur, tutoribus eius, vel curatoribus hereditatem adire, nullo praeiudicio ex recusatione paterna ei generando: simili modo et in hac parte nulla ei, vel tutoribus, vel curatoribus eius licentia concedenda contra priorem suam voluntatem in integrum restitutionem petere. Quae et in legatis, et in fideicommissis, tam specialibus, quam per universitatem relictis, et in aliis caussis, quas supra enumeravimus, similibusque eis observanda sunt. In servis autem, qui filiis, vel filiabus familias donantur, sive constante matri-

⁸⁾ L. 3 §. 5 D. h. t.

monio, sive ab extraneis sub ea conditione, ut statim eos in libertatem perducant: nullum impedimentum paterna faciat auctoritas. Qualis enim ususfructus potest ei acquiri, qui momentarius esse ostenditur? Si enim in ipso momento necesse habeat eum et possidere, et libertate donare, in talem hominem, qualis ususfructus patri potest acquiri?

Aus dieser Stelle geht m. E. nicht dasjenige hervor, was Burchardi behauptet. Das Verhältniss bei den *bona adventicia* ist nur allein dies, dass der *filiusfamilias* dieselben entweder antritt oder ausschlägt: gegen Antretung sowohl als Ausschlagung wird ihm Restitution zu verstaten sein; dem Vater aber, wenn der Sohn vor Geltendmachung dieser Restitution noch innerhalb der Restitutionsfrist verstorben ist, wird nur gegen die frühere Antretung des Sohnes Restitution gewährt werden dürfen, nicht gegen die Ausschlagung desselben, indem ihm hierfür das Recht gegeben war, selbst anzutreten. Würde man dem Vater gegen die Ausschlagung Restitution geben, so wäre dies eine Restitution des Vaters gegen eigene Handlungen, nicht eine des Sohnes, da er nach Ausschlagung des Sohnes durch Nichtantritt selbst als ausschlagend angesehen werden muss.

Es ist weiter zu fragen, wie es mit dem *peculium profecticium* zu halten sei. Nach Römischen Recht werden aus demselben sowohl der Sohn als der Vater verpflichtet; die Klage geht aus den betreffs des *pec.* eingegangenen Verbindlichkeiten als *actiones adiect. qualitatis* auch gegen den Vater. Die Quellen unterscheiden hier so, dass der Sohn, wenn er aus diesen Verbindlichkeiten belangt wird, Restitution erbitten kann, der Vater aber gegen die *actio q. iussu, de peculio* keine Restitution begehren könne⁹⁾. Dasselbe wird bei den andern *actiones adiect. qual.* anzunehmen sein. Natürlich hört der Anspruch auf Restitution Seitens des Minderjährigen alsdann auf, wenn der Vater belangt worden ist, indem sie nunmehr nicht so sehr dem *filiusfamilias*, als vielmehr dem Vater zum Vortheile gereichen würde. Hierin geht das Römische Recht nicht zu weit: man kann nicht sagen, dass durch diese Bestimmung das allgemeine Prinzip

⁹⁾ L. 3 §. 4 D. de min.

verletzt werde, indem bei dem *pec. prof.*, welches als vollständiges und unbeschränktes Vermögen des Vaters betrachtet wird, doch die Restitution des *minor* dem Vermögen des Vaters zu Gute komme. Die Restitution kommt zunächst dem Sohne zu Statten, da er durch dieselbe die gegen ihn zu richtende Klage eludirt, dann erst mittelbar dem Vater. Das Recht ging hier einen richtigen Mittelweg: es gestattete Restitution, mochte sie auch indirekt dem Vater Vorthail bringen, wofern sie nur den Nachtheil des Sohnes vermied; andererseits versagte es sie dem Vater, wenn auch der Sohn hierdurch selber mittelbar zu Schaden kam. Es war dies eine ängstliche, aber nicht zu weit gehende Sorge zu Gunsten der Minderjährigen.

In Konsequenz des eben Dargestellten wird auch alsdann die Restitution dem Vater verstattet werden müssen, wenn der nunmehr verstorbene Sohn dieselbe betreffs des *peculium profectici* zu erbitten in der Lage war. Quellenstellen, die dies direkt bewiesen, haben wir keine, denn die L. 3 §. 9 möchte mit Savigny, wie schon ausgeführt, in Verbindung mit dem §. 10 auf das *pecul. castrense* zu beziehen sein; allein hätten die Römer für diesen Fall andere Grundsätze gehabt, so würden wir dies jedenfalls irgendwo ausgesprochen finden.

Gehen wir nunmehr zu der oben angeführten Behauptung Göschen's zurück. Wir haben gesehen, dass der Vater wegen des *pecul. profect.* keine Restitution verlangen kann. Diesem Satze widerspricht eine Stelle des Gaius in L. 27 pr. D. h. t., welche lautet:

Patri pro filio omnimodo praestanda restitutio est, licet filius restitui nolit, qui patris periculum agitur, qui de peculio tenetur.

Burchardi S. 240 behauptet auf Grund dieser Stelle in Verbindung mit L. 29 pr., dass wo ein *filiusfamilias* Restitution gegen eine Schuld erbitten kann, sie auch der Vater selbst wider seinen (d. h. des Minderjährigen) Wunsch und Willen, sowie auch ein ihm beigeordneter *curator* verstattet erhalte. Geradezu unbegreiflich ist es, wie Burchardi, dem es sonst nicht an Scharfsinn fehlt, den in L. 27 im Vergleich zu L. 3 §. 4 liegenden Widerspruch nicht herausgefunden hat¹⁰⁾. L. 29

¹⁰⁾ Ihm folgt blindlings Steinberger S. 330.

behandelt den Fall, wo unter der *auctoritas* des Vaters als *tutor* seines *filius (emancipatus)* letzterer Schaden gehabt hat. Hier berechtigt Modestinus den *curator*, nachdem die Vormundschaft beendet, Restitution für den *minor* nachzusuchen. Das Verhältniss ist ein ganz anderes als in L. 27. — Wir folgen hier der Ansicht Savigny's und Göschen's, dass für das Justinianische Recht L. 3 §. 4 h. t. massgebend, und dass L. 27 pr. eine ältere Meinung des Gaius sei, welche, wie aus den Quellen zu ersehen, durchaus unpraktisch geblieben.

§. 29.

An dieser Stelle ist denn auch die Streitfrage zu behandeln, ob die Bestimmung der Quellen, dass die Restitution alsdann weg falle, wenn der minderjährige Sohn mit Bewilligung des Vaters ein Darlehn aufgenommen hat, als eine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen über die Restitution der Minderjährigen betrachtet werden müsse, oder gemäss derselben eintrete. Die meisten Schriftsteller stimmen für eine Ausnahme resp. Beschränkung; Savigny jedoch behauptet, dass die Versagung der Restitution aus den Prinzipien derselben direkt folge.

Die hier in Betracht kommenden Quellenstellen sind:

1) L. 3 §. 4 D. de min. (Ulp.):

Sed utrum solis patribus familiarum, an etiam filiis familiarum succurri debeat, videndum. Movet dubitationem, quod, si quis dixerit, etiam filiis familiarum in re peculiari subveniendum, efficiet, ut per eos etiam maioribus subveniatur, id est patribus eorum. Quod nequaquam fuit Praetori propositum; Praetor enim minoribus auxilium promisit, non maioribus. Ego autem verissimam arbitror sententiam existimantium, filiumfamilias minorem annis in integrum restitui ex his solis causis, quae ipsius intersint, puta si sit obligatus. Proinde si iussu patris obligatus sit, pater utique poterit in solidum conveniri, filius autem, quum et ipse possit vel in potestate manens conveniri, vel etiam emancipatus vel exheredatus in id quod facere potest, et quidem in potestate manens etiam invito patre ex condemnatione conveniri, auxilium impetrare debe-

bit, si ipse conveniatur. Sed an hoc auxilium patri quoque prosit, ut solet interdum fideiussori prodesse, videamus; et non puto profuturum. Si igitur filius conveniatur, postulet auxilium: si patrem conveniat creditor, auxilium cessat, excepta mutui datione: in hanc enim, si iussu patris mutuam pecuniam accepit, non adiuvatur. Proinde et si sine iussu patris contraxit, et captus est: si quidem pater de peculio conveniatur, filius non erit restituendus; si filius conveniatur, poterit restitui: nec eo movemur, quasi intersit filii peculium habere: magis enim patris, quam filii interest: licet aliquo casu ad filium peculium spectet; utputa si patris eius bona a fisco propter debitum occupata sunt; nam peculium ei ex Constitutione Claudii separatur.

2) L. 2 C. de filiofam. min. (2, 23).

Nachdem Ulpian die Behauptung aufgestellt hat, dass der Minderjährige nur dann Restitution verlangen könne, wenn sein eigenes Interesse dabei in's Spiel komme, beispielsweise, wenn er eine ihm nachtheilige Obligation eingegangen ist, sagt er weiter: Wenn aber der Sohn auf Befehl des Vaters sich obligirt hat, so kann der Vater keine Restitution beanspruchen, wohl aber der Sohn, wenn die andere Partei die Klage gegen ihn richtet. Die Restitution soll aber dem Vater nicht vortheilhaft sein; belangt der *creditor* den Sohn, so mag dieser Restitution erbitten, belangt er den Vater: *auxilium cessat*. Die Frage ist hier: „*cui auxilium cessat, si patrem conveniat creditor*“? Hätte Ulpian hier vorausgesetzt: *patri auxilium cessat*, so wäre dies eine äusserst überflüssige Bemerkung; demgemäss muss an den Sohn gedacht werden: „*filio auxilium cessat*“, und dieses entspricht der vorhergehenden Darstellung rücksichtlich des *peculium*. Dann soll eine Ausnahme bei der *mutui datio* sein, also bei derselben „*filio auxilium non cessat*“ oder *filius adiuvatur*“. Der folgende Satz mit „*enim*“ einleitend, soll nun die *exceptio* von den allgemeinen Grundsätzen angeben. Auffallenderweise schliesst derselbe jedoch nicht, wie wir erwarten, mit den Worten „*adiuvatur*“, sondern „*non adiuvatur*“ und sagt, dass, wenn der Sohn auf Befehl des Vaters ein Darlehen

aufgenommen hat, ihm nicht geholfen werden solle. Diese Deduktion wäre entschieden unlogisch; entweder wäre die Stelle korrumpirt, so dass die Korruption Grund dieser nunmehr unlogischen Behauptung wäre oder man ist genöthigt, diesen Satz nicht als die Ausnahme beim *mutuum* begründend zu fassen und den folgenden als die Begründung enthaltend anzunehmen, freilich dabei zuzugestehen, dass man den Worten Gewalt anthue. Letztere Annahme ist unzulässig, denn in dem folgenden Satze wird einfach das gesagt, was oben rücksichtlich des *pecul.* allgemein gilt, also keine Ausnahme hinsichtlich des *mutuum*; derselbe ist aber auch allgemein gefasst, berührt den Fall des *mutuum* durchaus nicht, im Gegentheil das *mutuum* ausschliessend, da bei demselben keine Restitution platzgreifen konnte, sondern schon die *exc. SC.* galt, und ist die weitere Ausführung des vor den Worten „*excepta mutui datione*“ schliessenden Satzes. Wir erwarten jedenfalls in dem begründenden Satze: „*filius adiuvatur*“. Dürfen wir das „*non*“ streichen? Soll dieser Satz die Ausnahme der Nicht-Gewährung der Restitution beim *mutuum* begründen, so müssen wir das „*non*“ weglassen; alsdann lautet er folgendermassen: *in hac enim, si iussu patris pecuniam accepit, adiuvatur*. Dies aber ist keine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen der Restitution des *peculium*: auch sonst wird dem Sohne Restitution gewährt, wenn er auf Befehl des Vaters ein Rechtsgeschäft vorgenommen. Demnach reicht diese Textänderung nicht aus. In Rücksicht hierauf schlägt Savigny die Leseart vor: „*in hac enim, si filius non iussu patris pecuniam accepit, adiuvatur*“. Fassen wir als Subjekt von *adiuvatur* nach der vorhergehenden Darlegung „*filius*“, so muss behauptet werden, dass dieses Wort von einer Restitution nicht gebraucht sein kann, indem dem *min.* hierfür schon die *except. SC. Macedon.* gewährt ist; nehmen wir mit Savigny als Subjekt „*pater*“ an, so müssen wir dasselbe auch für den Satz vorher „*auxilium cessat*“ statuiren und es würde alsdann obige Bemerkung der Ueberflüssigkeit dieser Bestimmung rücksichtlich des „*auxilium cessat*“ zutreffen; andererseits würde noch der die *exceptio* begründen sollende Satz keine Begründung enthalten; denn auch dem Vater steht aus dem ohne seinen Befehl Seitens des minderjährigen Sohnes kontrahir-

ten Darlehen die *exc. SC. Macedon.* zu, nicht die *in integr. rest.*; welche Ausnahme geradezu exorbitant wäre¹⁾.

Das Resultat dieser Deduktion ist demnach, dass weder die gewöhnliche Leseart noch die Savigny'sche Veränderung eine Ausnahme rücksichtlich der *mutui datio* von der gewöhnlichen Restitution darthuen²⁾.

Unseres Erachtens geben die dieser bestrittenen Stelle vorhergehenden und folgenden Sätze einen Anhaltspunkt zur richtigen Erklärung. Vorher und nachher ist von dem *peculium* und den auf Grund desselben vom Sohne eingegangenen Verbindlichkeiten die Rede gewesen; sollte dies nicht ebenfalls in unserer Stelle voraussetzen sein? Nehmen wir dieses einmal an, so müssen wir an ein *mutuum* denken, das der Sohn für das *peculium* aufgenommen hat, also von einer speziellen Anwendung des Darlehens verstehen.

Alsdann ist folgendermassen zu interpretiren: Wird der Sohn rücksichtlich des Pekuliums belangt, so mag er Restitution erbitten (diese fällt weg, wenn der Vater verklagt wird), und nur die *mutui datio* macht eine Ausnahme; denn bei ihr gibt's keine Restitution, wenn der Sohn auf Befehl des Vaters ein Darlehen empfangen hat. Deshalb auch die Frage vorher, ob dem Sohne eine Möglichkeit gegeben sei, dem Vater in ähnlicher Weise die Vortheile der Restitution zu gewähren, wie der Minderjährige seinem Bürgen, indem er, wie gleich zu zeigen, die Restitution gegen das eingegangene Geschäft auch diesem zuwenden kann, und die ganz bestimmte Antwort: *puto non profuturum*, und zwar dies umsomehr, als nicht einmal der *minor* selbst gegen auf Geheiss des Vaters kontrahirte Darlehen Restitution erlangen kann.

Die Richtigkeit dieser Annahme ergibt sich noch aus Folgendem. Oben ist gesagt, dass die Restitution nur Min-

¹⁾ Ausserdem haben wir keinen Grund zu einer so umfangreichen Aenderung des Textes, zumal die Basiliken geradezu derselben entgegen sind. Basil. X, 4 pr. 3 §. 4: *δανεισάμενος δὲ ὁ υἱὸς κελεύσει τοῦ πατρὸς οὐ βοηθεῖται i. e. filius autem, qui iussu patris mutuam pecuniam accepit, non adiuvatur.* Vangerow (§. 183 Anm. 2, 4) S. 316.

²⁾ Wie Savigny auch Chauveau S. 10 ff., völlig kritiklos.

derjährigen gegeben werde und zwar dann, wenn deren eigenes Interesse in Betracht komme; was bekanntlich beim *peculium* vorkommt; der Vater soll keinen direkten Vortheil aus der *in integr. rest.* haben. Ulpian geht alsdann auf Obligationen über, die sowohl den Sohn als den Vater betreffen, in Folge deren der *creditor* eine *adiect. qual. act.* hat. Entweder, unterscheidet Ulpian, hat der Sohn derartige Verpflichtungen eingegangen mit Befehl des Vaters oder ohne Befehl desselben: *Proinde si iussu patris sqq.* — *Proinde et si sine iuss. sqq.* Hat der Sohn Verpflichtungen *iussu patris* übernommen, so erhält er Restitution, wenn er selbst belangt wird. Keine Restitution jedoch, wenn der Vater verklagt wird, da es nemlich, wenn der Sohn Restitution verlangte, nachdem die Klage schon gegen den Vater gerichtet ist, vollständig klar würde, dass die Vortheile derselben dem Vater nur zu Gute kommen sollten und der *minor* nicht Restitution begehrte *ex his causis, quae ipsius intersint*, sonst würde er es schon vorher gehan haben. Von diesem allgemeinen Grundsatz ist eine Ausnahme bei der *mutui datio*: bei ihr erhält der *filius* keine Restitution, wenn er das Darlehen *iussu patris* aufgenommen hat. Die zweite Alternative beginnt mit den Worten: *Proinde et si sine iussu sqq.* Hier erhält der *filius* Restitution, wenn die Klage gegen ihn gerichtet ist; keine Restitution, wenn die Klage gegen den Vater wegen des *peculium* geht, und dazu bemerkt Ulpian: „Jenes geschieht nicht etwa deshalb, weil es im Interesse des Sohnes liegt, ein *peculium* zu haben, da dasselbe doch mehr im Interesse des Vaters ist, mag es auch in irgend einer Beziehung zum Sohne stehen“. — Der Grund der Restitution scheint uns der zu sein, dass, wenn der *minor* einmal ein *peculium* hat, er bei demselben nicht ungerechtfertigt zu Schaden kommen soll, und deshalb wird gegen diesen seinen eigenen Schaden Restitution gewährt.

In dieser Weise zeigt sich auch eine logische Entwicklung in dem §. 4, welche wir entbehren würden, wenn die Savigny'sche Erklärung richtig wäre. — Dass der Fall nicht erwähnt ist, wo der *minor sine iussu patris pecuniam mutuam accepit* ist einleuchtend, denn hier steht im Allgemeinen dem Sohne sowohl als dem Vater die *exc. SC.*

Macedoniani zu und die Darstellung derselben gehört nicht in den Titel *de minoribus*, andererseits aber wird, wenn das Darlehen zum *peculium* verwandt worden ist, dem Sohne Restitution nach den übrigen Bestimmungen des §. 3 und 4 gewährt³⁾.

Vangerow⁴⁾ nimmt wie die bei Weitem meisten Neuern mit Recht noch immer die hergebrachte Leseart als richtig an; jedoch behauptet er, dass sich für diese spezielle Ausnahme beim *mutuum* keine entscheidende innere Gründe auffinden lassen. — Untersuchen wir diese Behauptung.

Nehmen wir einmal an, der *filiusfamilias iussu patris mutuum accipiens* erhalte Restitution, so würde dies ein bequemes Mittel sein für den Vater, sich die Vortheile der *in integr. rest.* anzueignen, es würden somit die Interessen des Darleihers, welcher das *SC. Macedonianum* berücksichtigte, in ungerechtfertigtester Weise verletzt werden. Der Darleiher glaubt, dass er gegen das *SC. Macedonianum* dadurch, dass der Vater zu der Aufnahme des Darlehens seinen Auftrag gegeben, gesichert sei — und nun machte die *in integr. rest. filii* seine Ansprüche illusorisch. Das ist ja das glänzendste Zeichen praktischer Wissenschaft, dass sie *in concreto*, wenn die strengern Prinzipien unzulässig erscheinen, mit Leichtigkeit Milderungen und Ausnahmen aufstellen kann, ohne das Prinzip zu verlassen, und gerade hierin haben sich die Römer als Meister bewährt. Würden sie in unserm Falle dem *filiusfamilias minor* Restitution verstattet haben, so würde die Kontrahirung eines Darlehens *iussu patris* und die *iniussu patris* in Rücksicht auf das *peculium* auf gleiche Linie gestellt, dabei dem Vater ein Mittel an die Hand gegeben sein, die *inconsulta facilitas filii* zu eigenem Vortheil auszubeuten und den Darleiher um sein gutes Recht zu bringen. In Erwägung dessen scheidet Ulpian die *mutui datio* in die *iussu patris* und *iniussu patris* betreffs des *peculium*

³⁾ Man darf nicht aus L. 7 §. 1 D. h. t. schliessen, dass in L. 7 §. 1 eine Restitution gegen die Folgen des SC. anerkannt ist. Diese Stelle lässt sich auch von den Fällen verstehen, wo bei einem Darlehen die Bestimmungen des SC. nicht zutrafen, z. B., wenn die Kontrahirung des Darlehens „zur Bestreitung unabwendbarer Bedürfnisse“ geschah. Vgl. Arndts, Pandekt. §. 282 Anm. 2 c).

⁴⁾ §. 183 Anm. 2, 4. Wie Vangerow auch Windscheid §. 117 N. 6b.

und vermeidet so in scharfsinniger Weise die übermässige Begünstigung des Vaters, andererseits aber auch den ungerechtfertigten Nachtheil des Darleihers. Man kann ferner noch sagen: dadurch, dass der Sohn auf Befehl des Vaters ein Darlehen empfangt, wodurch der Darleiher die *exc. SC. Maced.* nicht zu fürchten brauchte, hört eigentlich die *inconsulta facilitas filii* zu wirken auf, an ihre Stelle tritt der Befehl des Vaters und gegen diesen Befehl wird keine Restitution ertheilt, da bei solchen Manipulationen Seitens des Vaters im Allgemeinen angenommen werden muss, dass die Vortheile des Darlehens dem Vater zu Statten kommen. Gäbe man dem *minor* Restitution und klagte der Darleiher gegen denselben, so verlöre dieser seinen Anspruch, den er als konsumirten nicht mehr gegen den Vater geltend machen kann; klagte der *mutui dans* gegen den Vater, so würde allerdings letzterem die *exc. SC. Maced.* nichts helfen⁵⁾, er würde zahlen müssen; allein diese Verpflichtung des Vaters konnte schon vorher durch die Bitte des Sohnes um *in integrum restitutio* aufgehoben sein. Damit dies nicht geschehe, versagt Ulpian dem *filius* die Wiedereinsetzung.

Das Resultat aus dieser Stelle ist demnach, wie der Jurist richtig bemerkt, eine Ausnahme von der Regel, dass bei Pekulien die *in integr. rest.* dem Gewalthaber indirekt zu Gute kommen kann, wofern nur der Gewaltunterworfenene zuerst belangt wird, und sich gegen die Klage hat restituiren lassen. Es hat demnach Savigny S. 155 Unrecht, wenn er die Ausnahme dieser Stelle bestreitet.

Gehen wir zur zweiten Stelle in dieser Frage über:

L. 2 C. de filiofamilias min. (2, 23).

Si frater tuus, cum mutuam pecuniam acciperet, in patris fuit potestate, nec iussu eius, nec contra Senatusconsultum contractum est: propter lubricum aetatis, adversus eam cautionem in integrum restitutionem potuit postulare.

Der Kaiser Gordian verspricht hier Restitution einem *filiofamilias minori*⁶⁾, gegen die wegen eines Darlehens geleistete *cautio*, wofern derselbe weder auf Befehl des Vaters noch

⁵⁾ L. 2. 4. 5. i. f. L. 7 pr. C. ad SC. Maced. (4, 28).

⁶⁾ Rubrica h. t.

gegen das SC. Maced. das Darlehen aufgenommen hat. Wir haben hier nicht zwei Fälle zu unterscheiden, so dass in folgender Weise interpretirt werden müsste:

adversus eam cautionem in integrum restitutionem potuit postulare,

1) *nisi iussu patris contractum est,*

2) *nisi contra SC. contractum est;* denn hat der *minor iniussu patris* kontrahirt, so hat er ja schon das ordentliche Rechtsmittel der *exc. SC. Mac.* U. E. scheint nur ein Fall vorzuliegen, nemlich der, dass ein Minderjähriger ein Darlehen empfangen hat, ohne dass der Vater dazu Auftrag gegeben, und ohne dass er gegen das SC. gehandelt hat. In dieser Weise behandelt allerdings unsere Stelle einen Fall, der selten vorgekommen sein wird, etwa den, welchen wir oben berührten, wo der *minor* zur Bestreitung unumgänglicher Bedürfnisse Geld geliehen hat.

Per argum. a contrario kommen wir in dieser Weise zu einer mit L. 3 §. 4 D. de min. harmonirenden Auffassung: Hat der *minor* auf Befehl und gegen das SC. gehandelt, so soll er keine *in integr. rest.* erhalten. Würden wir aber trennen, so würde sich derselbe Widerspruch wie oben zeigen, indem dem *minor*, der gegen das SC. Geld entliehen, *in integr. rest.* versagt würde, natürlich, denn er hat die *exc. Scti.* Dies wäre eine äusserst überflüssige und dem Sinne der Stelle widersprechende Auffassung, welche eben bezweckt, nachzuweisen, dass der Kaiser Restitution versagt, weil er dieselbe für ungerechtfertigt erachtet, nicht weil schon ein anderes Rechtsmittel existire⁷⁾.

Der Unterschied zwischen dieser Stelle und der L. 3 §. 4 D. h. t. ist demgemäss, dass erstere einen speziellen Fall enthält; letztere aber allgemein die *rest.* gegen ein auf Befehl des Vaters aufgenommenes Darlehen versagt. Also auch hier eine Ausnahme, wie in L. 3 §. 4 D. cit.

§. 30.

An diese Betrachtung schliesst sich logisch die Frage, ob das *benef. in integr. restitutionis* der Minderjährigen

⁷⁾ Gegen die Anwendung des *arg. a contrario*, Savigny S. 289, eben weil er zwei Fälle annimmt.

auch den Bürgen derselben zu Gute komme: d. h. kann der Bürge, wenn der Minderjährige Restitution erhalten hat, sich auf diese Restitution berufen oder nicht? Die Beantwortung dieser Frage geschah von den ältern Schriftstellern in der verschiedensten Art; erst in der neuern Zeit ist es gelungen, den richtigen Gesichtspunkt des Römischen Rechts ausfindig zu machen. — Dass bei dieser Darstellung genau unterschieden werden muss zwischen der Bürgschaft für *pupilli* und *minores* bedarf m. E. keiner weitem Worte, und die neuern Schriftsteller sind hierin so ziemlich einig. Der *pupillus sine tutoris auctoritate* kann nach Römischen Recht sich nicht verpflichten; es liegt demgemäss zwischen ihm und dem *fideiussor* ebensowenig ein Rechtsverhältniss vor, wie zwischen ihm und dem Mitkontrahenten der andern Seite; daraus folgt, dass der *fideiussor* der andern Partei ebenfalls nicht haftet; denn ist die Prinzipalobligation *ipso iure* nichtig, so ist dies auch die accessorische. Dies ist der Gedanke, welcher

L. 25 D. de fideiussorib. (46, 1) und

L. 127 D. de V. O. (45, 1)

zu Grunde liegt.

Nach der von uns schon citirten L. 3 §. 4 D. de min. kommt zuweilen die Restitution des Minderjährigen dem Bürgen auch zu Gute; es fragt sich nun, wann¹⁾? Eine Antwort scheint hierauf Paul. R. S. I, 9 §. 6 zu geben:

Qui sciens prudensque se pro minore obligavit, si id consulto consilio fecit, licet minori succurratur, ipsi tamen non succurritur.

Also wenn Jemand sich ausgesprochener Massen für einen *minor* verbürgt, so soll, wenn auch dem Minderjährigen Restitution ertheilt wird, ihm selbst doch nicht zu Hülfe gekommen werden.

Dieser Stelle widerspricht keineswegs:

1) L. 13 pr. D. de min.:

In caussae cognitione versabitur, utrum soli ei succur-

¹⁾ Dass dem minderjährigen Bürgen die Restitution des minderjährigen Hauptschuldners zu Statten kommt, wie L. un. §. 1 C. de rep. (2, 48) vorschreibt, hat seinen besondern Grund und braucht hier nicht erwähnt zu werden.

rendum sit, an etiam his, qui pro eo obligati sunt: utputa fideiussoribus. Itaque si cum scirem minorem et ei fidem non haberem, tu fideiusseris pro eo: non est aequum, fideiussori in necem meam subveniri; sed potius ipsi deneganda erit mandati actio. In summa, perpendendum erit Praetori, cui potius subveniat, utrum creditori, an fideiussori: nam minor captus neutri tenebitur. Facilius in mandatore dicendum erit, non debere ei subvenire: hic enim velut adfirmator fuit et suasor, ut cum minore contraheretur. Unde tractari potest: minor in integrum restitutionem utrum adversus creditorem, an et adversus fideiussorem implorare debeat? Et puto tutius adversus utrumque. Causa enim cognita, et praesentibus adversariis, vel si per contumaciam desint, in integrum restitutiones perpendendae sunt.

Es wird hier als Pflicht des Prätors dargestellt, bei der *causae cognitio* sein Augenmerk darauf zu richten, ob neben dem *minor* auch noch dem *fideiussor* geholfen werden müsse. Ulpian entscheidet hiefür in folgender Weise: Will ein Minderjähriger mit mir kontrahiren, wobei ich aber in Rücksicht auf seine Minderjährigkeit den Vertrag mit ihm einzugehen nicht gewillt bin, bis ein Dritter zur Hebung dieses Hindernisses für ihn Bürge geworden ist, so wäre es unbillig, dass dem Bürgen zu meinem Nachtheil geholfen werde. Klarer ist die Sache beim *mandatum qualificatum*; derjenige, welcher eine dritte Person angewiesen hat, dem *minor* Kredit zu geben, muss nothwendigerweise auch hiefür haften, und die etwa dem Minderjährigen gewährte Restitution kann ihm nicht vortheilhaft sein. Hieraus dürfte folgen, dass wenn der Bürge nicht mit Rücksicht auf die Minderjährigkeit einer Person promittirt hat, wo der *minor* sonst keinen Kredit gehabt hätte, die Restitution des Minderjährigen ihm auch nutzen dürfte. Die Richtigkeit dieser Behauptung wird sich später zeigen. Zwischen dem Minderjährigen und dem Bürgen liegt ein Rechtsverhältniss vor, zwischen beiden und dem *creditor* ein anderes. Ist nun der *minor* bei dem Rechtsgeschäfte zu Schaden gekommen, und hat er gegen diesen Nachtheil Restitution erhalten, so cessirt die *actio mandati* des Bürgen ihm gegenüber; denn die prin-

zipale Verpflichtung des *minor* existirt nicht mehr, und der Bürge hat eben in Rücksicht auf die Minderjährigkeit die Bürgschaft übernommen. Es wird dies von Ulpian jedoch nicht ganz strikt vorgeschrieben, sondern nur als etwas, was der Prätor zu thun hätte. Wer nun von Beiden den Schaden zu tragen hat, ob der *creditor* seine Forderung auch gegen den *fideiussor* verliert oder der *fideiussor* demselben verhaftet bleibt, dies hat Ulp. rücksichtlich der *fideiussio* nicht entschieden.

2) L. 51 D. de procurat. (3, 3):

Minor XXV annis, si defensor existat, ex quibus caussis in integrum restitui possit, defensor idoneus non est: quia et ipsi, et fideiussoribus eius per in integrum restitutionem succurritur.

Diese Stelle widerspricht ebenfalls L. 3 §. 4 D. nicht, denn sie sagt nichts mehr, als dass es unzweckmässig ist, einen *minor XXV annis* als *defensor* zu bestellen, weil nicht allein ihm, sondern auch seinem *fideiussor* zu Hülfe gekommen wird. Anzunehmen, dass hierdurch allgemein der *fideiussor* Hülfe erhalte, sind wir nicht genöthigt, besonders wenn wir das „*succurritur*“ im Sinne von „*succurri potest*“, nehmen, und erwägen, dass die Quellen häufig das Präsens gebrauchen eben im Sinne, nur die Möglichkeit der Anwendung dieses Begriffs auszusprechen. Der Gedanke dieser Stelle scheint eine Vorschrift zu enthalten: man soll keinen Minderjährigen zum *defensor* wählen, weil es vorkommen kann, dass man dadurch Nachtheil erfährt, indem demselben und auch sogar seinem Bürgen durch *in integr. rest.* zu Hülfe gekommen wird; dem *minor* wird auch nicht immer *in integr. rest.* in derartigen Fällen gegeben, sondern nur dann, wenn er Nachtheil erfahren hat²⁾.

Eine der wichtigsten und bestrittensten Stellen in dieser Materie ist unstreitig

3) L. 95 §. 3 D. de solut. (46, 3);

Quod vulgo iactatur fideiussorem qui debitori heres extitit, ex causa fideiussionis liberari: totiens

²⁾ Dass diese Stelle nicht eine Erbittung der Restitution durch den Bürgen selbst voraussetzt, erscheint uns selbstverständlich. Burchardi S. 571 N. 21.

verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur. Nam si reus duntaxat fuit obligatus, fideiussor liberabitur: e contrario non potest dici non tolli fideiussoris obligationem, si debitor propriam et personalem habuit defensionem: nam si minori viginti quinque annis bonae fidei pecuniam credidit, isque nummos acceptos perdidit et intra tempora in integrum restitutionis decessit herede fideiussore: difficile est dicere causam iuris honorarii quae potuit auxilio minori esse, retinere fideiussoris obligationem, quae principalis fuit, et cui fideiussor accessit sine contemplatione iuris Praetorii. Auxilium igitur restitutionis fideiussori qui adulescenti heres extitit, intra constitutum tempus salvum erit.

Ziemlich allgemein anerkannt ist die Thatsache, dass diese Stelle korrumpirt ist, nur ist man nicht ganz einig, für wie weit diese Korruption anzunehmen ist. Unseres Erachtens ist dieselbe sehr unklar auch noch in anderer Beziehung als gewöhnlich behauptet wird, — und diese Unklarheit nur auf Rechnung einer Verderbtheit des Textes zu setzen³⁾. Jedoch begnügen wir uns für diesen Fall mit einer einzigen Verbesserung, indem wir lesen: *Nam si reus natura duntaxat fuit obligatus fideiussor non liberabitur*; der Grund, warum wir nicht die ursprüngliche Lesart annehmen, ist das ganz bestimmt Unlateinische des „*si reus duntaxat fuit obligatus*“, dann die Unmöglichkeit, ohne Voraussetzung dieses Gedankens einen in etwa vernünftigen Sinn in dieser Stelle aufzufinden. Hierin werden wir von einer bedeutenden Autorität unterstützt, nemlich Cuiac. observ. XI. cap. 34, ihm folgt Dompierre S. 301 und die deutsche Ausgabe des *corp. iur.* Bd. 4 S. 764 f. u. AA., sie entspricht in glänzender Weise den Basiliken, und auch diejenigen, welche diese Umänderung nicht für geboten hielten, haben durch geschraubte Interpretation grösstentheils denselben Sinn herausgebracht⁴⁾.

³⁾ Vgl. Chauveau S. 22 N. 4.

⁴⁾ Ein Gegner dieser Verbesserung ist Hasenbalg, die Bürgschaft des gemeinen Rechts. Düsseldorf 1870 S. 363, jedoch ohne überzeugende Gründe.

Das Verhältniss hier ist folgendes: Im Allgemeinen ist die Verpflichtung des *fideiussor* nicht *plenior*, als die des *debitor*; dies ist jedoch dann der Fall, wenn die *obligatio debitoris* eine *naturalis* gewesen. Bei so bewandten Umständen wird der *fideiussor*, welcher Erbe des *debitor* geworden ist, keineswegs von der *obligatio* befreit. Daraus folgt aber umgekehrt nicht, dass, wenn der Schuldner ein rein persönliches Vertheidigungsmittel habe, die *obligatio fideiussoris* fortbestehen bleibe, d. h.: es kann vorkommen, dass das dem *debitor* zukommende persönliche Vertheidigungsmittel auch dem *fideiussor* zum Vortheile gereiche. Denn, wenn auch im Allgemeinen das Recht auf *in integrum restitutio* auch den Erben des *minor* noch vortheilhaft sein soll, so ist es doch unthunlich zu behaupten, dass für den Erbe werdenden *fideiussor* die *obligatio*, „*cui fideiussor*⁵⁾ *accessit sine contemplatione iuris Praetorii*“ bestehen bleibe. Man hat vielfach über den Sinn dieses „*sine contemplatione iuris Praetorii*“ gestritten. Meines Erachtens ist die Savigny'sche Erklärung S. 221⁶⁾ die richtige, dass das *ius Praetorium* bei der *intercessio fideiussoris* nicht zur Sprache gekommen ist, vielleicht dem *fideiussor* sogar die *minor aetas* unbekannt war: der *fideiussor* hat sich verbürgt *sine contemplatione iuris Praetorii*. Burchardi S. 574 f. ist anderer Ansicht: er fasst diesen Ausdruck von einem Bürgen auf, der sich ohne Rücksicht auf die Restitution verpflichtet hat, „also auch für den Fall, dass diese dem Schuldner zu Theil wurde“. Sprachlich ist allerdings die eine sowohl wie die andere Deutung zulässig. Für die Savigny'sche Ansicht spricht der Schluss dieser Stelle, welcher inkonsequent wäre, wenn man die Burchardi'sche Interpretation annehmen würde. Der Minderjährige war im Römischen Recht handlungsfähig und die Restitution desselben war wenigstens rechtlich ein aussergewöhnliches Ereigniss; adoptirte man die Auffassung

5) Andere lesen „*fideiussor is accessit*“: es wäre dies eine müssige Wiederholung des Subjekts, die besonders durch die Stellung des *is* bedenklich wird; freilich ist die Leseart „*fideiussoris accessit*“ (*scil. oblig.*) nicht viel besser; wahrscheinlich hat es ursprünglich geheissen: „*cui is (scil. fideiussor) accessit*“ und das „*fideiussoris*“ ist dem Abschreiber aus dem vorigen Satze nochmals in die Feder gekommen.

6) Wie Savigny auch Vangerow §. 183 Anm. 1.

Burchardi's, so würde man konsequent dazu kommen, für unsern Fall eine ausdrückliche Erwähnung des *ius Praet.* vorauszusetzen und anzunehmen, dass es Norm gewesen wäre bei derartigen Verpflichtungen die Folgen des *ius Praet.* für den *fideiussor* auszuschliessen, so dass der *creditor* nach Brauch erst dann mit dem *minor* kontrahirt hätte, wenn dieser Ausschluss stattgefunden; nichts berechtigt uns zu dieser Annahme.

Im Resultat freilich stimmen beide Interpretationen überein, dass, wenn der *fideiussor* gerade in Rücksicht auf die Minderjährigkeit und etwaige Restitution des *minor* sich verbürgt hatte, dass alsdann die *rest. min.* demselben nicht zu Statten komme⁷⁾. In dieser Weise harmonirt unsere Stelle vollständig mit L. 13 pr. D. de min. (Paul. R. S.).

4) L. 1. 2 C. de fideiussorib. min. (2, 24):

Postquam in integrum aetatis beneficio restitutus es, periculum evictionis emptori, cui praedium ex bonis paternis vendidisti, praestare non cogaris. Sed ea res fideiussores qui pro te intervenerunt, excusare non potest. Quare mandati iudicio, si pecuniam solverint, aut condemnati fuerint, convenieris: modo si eo quoque nomine restitutionis auxilio non iuvaberis.

Si ea, quae tibi vendidit possessiones interposito decreto praesidis, aetatis tantummodo auxilio iuvatur: non est dubium fideiussorem ex persona sua obnoxium esse contractui. Verum si dolo malo apparuerit contractum interpositum esse: manifesti iuris est, utrique personae, tam venditricis, quam fideiussoris consulendum esse.

Fangen wir mit L. 2 zuerst an. Hier wird nicht der Grundsatz aufgestellt, dass die *in integr. rest. min.* dem *fideiussor* nicht zum Vorthail gereichen könne, sondern nur gesagt, dass, wenn der *minor* Hülfe erhalte, der *fideiussor* doch noch immer *ex persona sua* verhaftet bleibe. Dies ist klar; denn er kann nur *ex persona minoris* Hülfe erlangen. Anders verhält sich die Sache, wenn *dolus* des Creditors

⁷⁾ So auch Hasenbalg S. 372. Vgl. noch Sintenis §. 36 N. 163, Windscheid §. 120 N. 18 u. A. m.

vorliegt: alsdann ist der *fideiussor ex persona sua* nicht mehr *obnoxius*.

Nach der ersten Stelle hatte der *minor* sich Restitution nur gegen den *creditor* gewähren lassen, nicht auch gegen den *fideiussor*. Daraus folgert Severus, dass die *mandati actio* dem Bürgen gegen den *minor* noch zustehe.

Dieser Bestimmung scheint entgegen zu stehen L. 13 pr. D., wo es heisst: „*sed potius ipsi (sc. fideiussori) deneganda erit mandati actio*“ und „*minor captus neutri (sc. nec fideiussori nec creditori) tenebitur*“. Dass die ersten Worte aus L. 13. von einem Falle verstanden werden müssen, wo eine Person gerade in Rücksicht auf die *minor aetas* Bürgschaft geleistet hat, ist schon angedeutet; einem solchen die *mandati actio* gegen den *minor captus* noch zuzugestehen, wäre sicherlich Unrecht gewesen, und deshalb verweigert sie Ulpian auch. Einen Anhaltspunkt zur Erklärung gewährt uns der Schluss der L. 13 pr. D., wo es heisst, dass der *minor* zu eigener Sicherheit besser stehe, die *in integr. rest.* auch gegen den *fideiussor* zu verlangen. Daraus scheint hervorzugehen, dass es Fälle gibt, wo der *minor* trotz Restitution gegen das mit dem *creditor* eingegangene Geschäft, doch noch von dem *fideiussor* mit der *actio mandati* belangt werden kann, der er durch Restitution auch gegen die *fideiussio* entgeht. Ein solcher Fall ist denn auch enthalten in L. 1 C. cit. Das Resultat aus dieser Stelle und der L. 13 pr. D. möchte Folgendes sein: Durch die Restitution gegen den *creditor* ist der *minor* an und für sich noch nicht gegen die *actio mandati* des *fideiussor* gesichert: ferner hängt es vom Ermessen des Prätors ab, ob er die dem *minor* ertheilte Restitution auch dem *fideiussor* zukommen lassen will. In Fällen des *dolus* Seitens des *creditor* gereicht die Restitution auch dem *fideiussor* zum Vortheil (L. 2 C. h. t.), hat aber der *fideiussor* in Rücksicht auf die Minderjährigkeit ausdrücklich und speziell sich verbürgt, so muss dies betrachtet werden als ob er auf die zu Gebote stehende *actio mandati* verzichte, und er kann sich weder an den *minor* halten (*sed potius ipsi denegandi erit mandati actio*), noch erhält er Restitution. Will der Minderjährige sich übrigens gegen etwaige Ansprüche des *fideiussor* sichern, so steht er gut, wenn er gleichzeitig mit der Restitution gegen den *creditor*

auch die gegen den *fideiussor* nachsucht, sonst kann er, wenn nicht zugleich der *creditor* dolos gehandelt hat, oder aber dem *fideiussor* die *actio mandati* schon versagt ist, von dem *fideiussor* mit der *actio mandati* noch belangt werden.

Die letzte hier in Betracht noch zu ziehende Stelle ist:

5) L. 7 §. 1 D. de except. (44, 1):

Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt, ut rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fideiussori. Intercessionis quoque exceptio: item, quod libertatis onerandae causa petitur, etiam fideiussori competit. Idem dicitur, et si pro filiofamilias contra Senatusconsultum quis fideiusserit, aut pro minore viginti quinque annis circumscripto. Quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio.

Wahrscheinlich ist hier die gewöhnliche Leseart: „*quodsi deceptus sit in re*“ beizubehalten⁸⁾ und sind diese Worte zu verstehen von einer *in integr. rest.* Dies folgt aus dem Gegensatze zu den bisherigen ordentlichen Rechtsmitteln und dem Zusatze „*in re*“: d. h. ein Verlust in Folge faktischer Verhältnisse. Der Gedanke hier ist: dem *fideiussor* wird erst dann Hülfe gegeben, wenn der *minor* restituirt ist, und vorher ist ihm die *exceptio doli* gegen die Klage des *creditor* nicht zu gewähren. Bei dieser Auffassung steht diese Stelle im Einklange mit den übrigen: wir müssen hier einen Paul. R. S. cit. entgegengesetzten Fall annehmen, nemlich, dass der Bürge in derselben Weise beim *minor* wie bei jeder grossjährigen Person eingetreten ist⁹⁾.

Fassen wir nunmehr sämtliche Stellen zusammen, so müssen wir behaupten, dass es Sache des Prätors war bei der *causae cognitio* zuzusehen, ob neben dem *minor* auch

⁸⁾ Die Leseart der Vulgata „*quodsi deceptus sit iure*“, die mit den Basiliken LI, 18: „*νομιμῶς*“ übereinstimmt, ändert an der Auffassung dieser Stelle nur wenig, indem alsdann eine durch das ordentliche Recht dem Minderjährigen entstandene Verletzung anzunehmen ist.

⁹⁾ Burchardi S. 579 N. 31. Savigny S. 219 N. k. Vgl. noch Chauveau S. 21 N. 1.

dem *fideiussor* zu Hülfe gekommen werden müsse, er versagte die Restitution dem *fideiussor*, wenn derselbe gerade durch die Uebernahme der Bürgschaft die Verpflichtung des Minderjährigen dem *creditor* gegenüber sichern wollte, in welchem Falle der *fideiussor* sogar die *actio mandati* gegen den *minor* verlor. Der *fideiussor* hat kein persönliches Recht auf Restitution, es können ihm aber die Vortheile der Restitution des Minderjährigen mittelbar zu Gute kommen, was dann sicherlich eintreten wird, wenn dem Bürgen die Minderjährigkeit unbekannt geblieben ist. Zur bessern Erreichung der Befreiung des Bürgen ist dem *minor* gerathen, auch Restitution gegen dessen Verpflichtung zu erbitten; thut er dies nicht, so haftet er im Allgemeinen dem *fideiussor* noch immer mit der *actio mandati*. — Anders urtheilt das Römische Recht, wenn nicht so sehr die Minderjährigkeit Grund zur Restitution gewesen ist als *dolus* des *creditor*: alsdann haftet der *minor* weder dem *creditor* noch dem *fideiussor*, und der letztere hat ebenso die *exceptio doli* wie der erste gegen den *creditor*, welche ihm sonst erst, nach Erbittung der Restitution durch den *minor* (für sich und den Bürgen), zusteht.

In dieser Weise verschwindet jeder vorgebliche Widerspruch zwischen den Quellen. Anderer Ansicht ist theilweise Burchardi S. 572, 577, indem er die Präsumption aufstellt, dass der Bürge, welcher für einen Minderjährigen intercedirt, sich auch für den Fall der Restitution obligirt habe. Unseres Erachtens geben die Quellen kein Motiv zur Annahme dieser Präsumption. Da nach Römischem Recht das Prinzip der Handlungsfähigkeit des Minderjährigen immer festgehalten worden, so wäre es unerklärlich, warum derjenige, welcher wissentlich sich für einen Minderjährigen verbürgt hätte, betrachtet werden sollte, als ob er nicht bloß auf den Fall der Insolvenz, sondern auch auf den der Restitution intercedirt hätte. — Ein weiterer Fehler der Burchardi'schen Darstellung, freilich im Zusammenhange mit dem vorigen, ist der, dass er bei einem Bürgen *in omnem eventum* annimmt, demselben käme die Restitution sogar dann nicht zu Statten, wenn die Schuld durch Zwang oder Betrug herbeigeführt worden sei. Dies ist unrichtig: ein Rechtsgeschäft dieser Art muss als *turpe* angesehen werden

und demgemäss nichtig sein, auch für den Bürgen. Warum Burchardi, der S. 570 die richtige Ansicht aufstellt, dass mit der Hauptschuld auch die accessorischen Verbindlichkeiten gewöhnlich untergehen und dies für Fälle des Betrugs und Zwangs als zweifellos anerkennt, diese Behauptung rücksichtlich der Bürgschaft S. 571 verlässt, ist nicht einzusehen.

Der Erwähnung an diesem Orte ist noch die Frage bedürftig, wie zu entscheiden, wenn ein *minor* mit einem *maior* zusammen sich für die Schuld eines Dritten (Grossjährigen) verbürgt haben. Die Quellen behandeln dieselbe in L. 48 §. 1 D. de fideiuss. (46, 1):

Huic similis et illa quaestio videri potest: ob aetatem si restituatur in integrum unus fideiussor, an alter onus obligationis integrum excipere debeat? sed ita demum alteri totum irrogandum est, si postea minor intercessit, propter incertum aetatis ac restitutionis. Quod si dolo creditoris inductus sit minor ut fideiubeat: non magis creditori succurrendum erit adversus confideiussorem, quam si facta novatione circumvento minore desideraret, in veterem debitorem utilem actionem sibi dari.

Diese Stelle ist in Verbindung mit dem *principium*¹⁰⁾ aufzufassen, wo einem Bürgen die Tragung der vollen Bürgschaft aufgebürdet wird, obschon sich eine Frau mit ihm verpflichtet hatte, weil er wissen musste, dass die Frau zur Uebernahme von Bürgschaft nicht im Stande war. Aehnlich soll der Fall behandelt werden, wenn ein minderjähriger Mitbürge Restitution erhalten hat, aber, fügt Papinian hinzu: erst dann ist der grossjährige Bürge zur Leistung des Ganzen verpflichtet, wenn *postea minor intercessit, propter incertum aetatis ac restitutionis*. Was unter den letzten Worten zu verstehen, ist nicht recht ersichtlich. Man hat dieselben in verschiedener Weise auszulegen versucht. Unseres Erachtens ist der Satz jedoch viel einfacher als man ge-

¹⁰⁾ L. 48 pr. D. cit.:

„Si Titius et Seia pro Maevio fideiusserint, subducta muliere dabimus in solidum adversus Titium actionem: cum scire potuerit, aut ignorare non debuerit, mulierem frustra intercedere.“

wöhnlich angenommen hat. Der Grund, warum die spätere Intercession des minderjährigen Bürgen für den früher eingetretenen grossjährigen das *beneficium divisionis* ausschliesst, ist das *incertum aetatis ac restitutionis*, d. h. das Ungewisse für den Grossjährigen, was die Folge des minderjährigen Alters und der mit diesem zusammenhängenden Restitution ist. In dem nachherigen Intercediren liegt sonst kein Grund das *beneficium divisionis* auszuschliessen, aber in unserm Falle ist dieses spätere Intercediren nicht mit der Kraft versehen, die es sonst hat, eben weil der Intercedent als *minor* restituirt werden kann: deshalb ist die frühere Obligation des grossjährigen Bürgen eine ungleich stärkere als die spätere des minderjährigen. Umgekehrt, wenn der *minor* gleichzeitig mit dem *maior* intercedirte, würde nicht nothwendig die mögliche Restitution das *beneficium divisionis* versagen, denn hierbei ist es dem Grossjährigen möglich zu intercediren nur für den Fall, dass die dem *minor* etwa zustehende Restitution keinen Einfluss auf sein *beneficium divisionis* habe, und ähnlich ist das Verhältniss alsdann, wenn der *minor* früher als der *maior* schon sich verbürgt hat. Die Aehnlichkeit des §. 1 mit dem *prooemium* liegt eben darin, dass der *maior* wissend, dass er mit einem *minor* sich verbürge, das *beneficium divisionis* nicht geltend machen kann, wofern er nicht bei der Intercession sich dasselbe gewahrt hat, indem er erklärte, nur dann haften zu wollen, wenn der *minor* keine Restitution erhielte. Kannte er die Minderjährigkeit seines Mitkontrahenten nicht, so darf das zur Geltendmachung des *beneficium divisionis* nicht schaden. Im Allgemeinen wird er sie aber gekannt haben und hat er nichtsdestoweniger mit demselben zusammen sich verbürgt, so ist er gerade zu behandeln wie der mit einer Frau Intercedirende. Dasselbe Verhältniss liegt denn auch vor, dasselbe *incertum aetatis ac restitutionis*, wenn der *minor* später als Bürge eintrat, denn gerade in dem spätern Eintritt wird es gelegen haben, dass der *maior* die Folgen des minderjährigen Alters in der möglichen Restitution zu seinen Gunsten nicht ausser Kraft setzen konnte, er also, wenn die *obligatio minoris* durch erlangte Restitution wegfällt, ebenso verhaftet bleibt, wie er vor der Intercession des *minor* gewesen. — In Rücksicht auf die mögliche Ausschliessung der

Folgen der *in integrum restitutio* des *minor* betreffs des *beneficium divisionis* bei gleichzeitiger Bürgschaft, berührt denn auch Papinian diesen Fall nicht, um die Aehnlichkeit mit dem *principium* darzuthun, sondern nimmt den ihm passender erscheinenden Fall des spätern Eintritts des Minderjährigen. — In dieser Weise ist diese Frage zu erledigen¹¹⁾. — So viel über die allgemeinen Grundsätze bei der *restitutio minorum*.

§. 31.

In welcher Weise das Römische Recht diese allgemeinen Prinzipien beschränkt hat, soll nunmehr dargestellt werden.

1) Nach der Vorschrift Justinian's in L. 13 §. 1 C. de iud. (3, 1) sollen Civilstreitigkeiten *post litem contestatam* nicht über drei Jahre vor Gericht schweben, nach dieser Zeit soll der Prozess verjährt sein. Diese Verjährung gilt gemäss §. 11 h. 1. für Minderjährige nicht; jedoch soll, falls der Vertreter eines *minor* in dieser Frist den Prozess nicht zu Ende geführt hat und dem letztern dadurch Nachtheile zugestossen sind, wider die Gegenpartei erst dann Restitution stattfinden, wenn der Vertreter resp. dessen Bürge oder Rechtsnachfolger zahlungsunfähig ist.

2) Während früher die Minderjährigen ziemlich allgemein gegen die Folgen der *plus petitio* Restitution erhielten, bestimmt Kaiser Zeno in L. 11 §. 1 C. de plus pet. (3, 10), dass dieselbe nicht mehr gestattet werden soll, sondern der Minderjährige sich mit der Klage auf Schadensersatz gegen seinen Vertreter begnügen soll.

3) Im Falle der Minderjährige auf die Restitution eidlich verzichtet hat, soll ihm dieselbe versagt bleiben¹⁾.

4) Der Minderjährige erhält ebenfalls keine Restitution, wenn er sich gegen eine vom Vater für ihn geschehene An-

¹¹⁾ Vgl. die theilweise abweichenden Erklärungen von Girtanner, Archiv für civilistische Praxis Bd. 43 S. 285 ff. S. 289 ff., Windscheid §. 479 N. 7 und Chauveau S. 23 ff.

¹⁾ L. 1 C. si adv. vendit. (2, 28). Ueber die Ausdehnung dieses Gesetzes im gemeinen Rechte vgl. Vangerow §. 170 Anm., Savigny, Römisches Recht im Mittelalter. Bd. 4 S. 162 und System a. a. O. S. 51 f.

nahme oder Ausschlagung von Erbschaft hat restituieren lassen und nachher gegen diese Restitution wieder in den vorigen Stand eingesetzt werden will²⁾).

5) Wenn ein Minderjähriger gegen einen andern Minderjährigen Restitution begehrt, so ist zu unterscheiden, ob nur der Eine Schaden erlitten hat oder beide. Im ersten Falle geht die Restitution gegen den Andern, sonst gilt die Regel: „*In pari causa melior est conditio possidentis*“³⁾.

6) Wenn zwei nahe Verwandte sich über Rechte, die der Eine nach dem Tode des Andern bekommen soll, vertragsmässig vereinigt haben, so soll keine *in integr. rest.* desjenigen, der etwa zu jener Zeit *minor* war, diesen Vertrag aufheben⁴⁾.

7) Ebenfalls keine Restitution in der vorhin angeführten Weise, wenn ein *minor* auf Befehl seines Vaters ein Darlehen aufgenommen hat.

8) Gemäss Nov. 115 cap. 3 §. 13 erhält der bereits achtzehnjährige *minor* keine Restitution gegen die Aufnahme eines Darlehens, wenn diese geschah, um denjenigen, zu dessen Succession er berufen ist, aus feindlicher Gefangenschaft loszukaufen.

9) Keine Restitution, wenn der Minderjährige nach vollzogener Ehe nicht übermässige Brautgeschenke gemacht hat⁵⁾.

10) Hieran knüpft sich die von Einigen bestrittene⁶⁾, von Anderen bejahte⁷⁾ Frage, ob die Restitution auch dann dem *minor* versagt werden müsse, wenn der Schuldner desselben dem Vormunde auf Grund richterlicher Verfügung Zahlung geleistet hatte. Für die Bejahung dieser Frage stützt man sich auf L. 7 §. 2 D. h. t., L. 25 C. de admin. tut. (5, 37), §. 2 I. quib. alien. (2, 8), und es muss zugegeben werden, dass diese Stellen jenen Gedanken wirklich klar aussprechen. Diesen Vorschriften scheint aber L. 1 C. si adv. solut. (2, 33)

²⁾ L. 8 §. 6 C. de bon. quae lib. (6, 61).

³⁾ L. 11 §. 6 D. h. t. vgl. mit L. 34 pr. eod.

⁴⁾ L. 11 C. de transact. (2, 4).

⁵⁾ L. 1 C. si adv. donat. (2, 30).

⁶⁾ Savigny S. 151, 157; Göschel, Vorlesungen S. 557.

⁷⁾ Burchardi S. 248, Vangerow §. 183 Anm. 2, ²⁾, Windscheid §. 117 N. 6a); Puchta, Pandekten §. 103 N. i, dem jedoch darin nicht zugestimmt werden darf, dass L. 7 §. 2 D. h. t. durch L. 25 C. de adm. tut. (5, 37) modificirt sein soll.

zu widersprechen, wo es dem Prätor in der *caussae cognitio* anheimgestellt ist, zu erwägen, ob er nicht trotz an den Vormund oder Kurator geleisteter Zahlung doch noch Wiedereinsetzung gewähren solle. Jedoch ist hier von einer Zahlung in Folge obrigkeitlichen Dekrets nicht die Rede, so dass dadurch die Bestimmungen der andern Gesetze nicht alterirt werden. Andererseits aber spricht gegen die genannten Stellen der Umstand, dass nicht einmal gegen die obrigkeitliche Genehmigung des Verkaufs eines Grundstückes die Restitution versagt wird⁸⁾. Bedenken wir, dass die Römer in Rücksicht auf Veräußerung von Grundstücken vielfach besonders strenge Vorschriften hatten, dass sogar gegen die obrigkeitliche Bestätigung eines solchen Verkaufs Restitution verstattet wurde, so möchten wir dieselbe Vorschrift auch für Zahlungen an den Vormund oder Kurator erwarten. Dass das Römische Recht diese Konsequenz aber nicht gezogen hat, scheint mir klar aus den citirten Stellen hervorzugehen⁹⁾. Warum das nicht geschehen ist, vermag man nur zu vermuthen: möglich ist es, dass das Römische Recht als besondern Schutz der Minderjährigen gegen eine Veräußerung von Grundstücken die Restitution noch zuliess, während es dieselbe betreffs Zahlungen an den Vertreter des *minor* auf Grund richterlichen Befehls ausschloss, weil hier die auf die Veräußerung von Grundstücken sich beziehende Strenge des Römischen Rechts sich als unpraktisch zeigte, vielleicht auch deshalb, weil es das ganze Institut der *restitutio minorum* zu sehr gefährdet hätte, wenn dem *minor* zugestanden gewesen, wegen jeder in dieser Weise gemachten Zahlung noch Restitution zu erbitten¹⁰⁾.

Der von Burchardi S. 249, Puchta, Pandekten §. 103 N. i¹¹⁾ auf Grund von L. 2 C. de praed. (5, 71) und L. 2 C. si adv. vendit. (2, 27) als Beschränkung aufgestellte Fall, dass *in integr. rest.* nicht stattfinden solle, wenn ein Pfand, welches schon der Erblasser des *minor* bestellt hatte, vom Kreditor verkauft worden ist, enthält in Wirklichkeit keine Ausnahme. Das zwischen dem Erblasser und Kreditor ein-

⁸⁾ L. 11 C. de praed. (5, 71); L. 2 C. de fideiuss. min. (2, 24).

⁹⁾ Vgl. Schneider, S. 252 f.

¹⁰⁾ Vgl. noch Chauveau S. 36 ff.

¹¹⁾ So auch Sintenis S. 377 u. A. m.

gegangene Rechtsgeschäft ist nicht ein Geschäft des Minderjährigen und deshalb muss die *restitutio propter minorem aetatem* versagt werden¹²⁾.

Erwähnt zu werden verdient noch, dass L. 1 C. de in integr. rest. min. (2, 22) nicht von einer Beschränkung der *in integr. rest.* verstanden werden darf, indem dieselbe cessire, wenn der Minderjährige auf die Geltendmachung der *querela inofficiosi testamenti* verzichtet hat. Es ist unzulässig, aus dieser einzigen Stelle eine Restitution in der angedeuteten Weise anzunehmen. Burchardi's Ansicht (S. 251 f.) erscheint demnach als richtig, dass die grossjährige *Plotiana* als Frauenzimmer Restitution begehrt habe, der Kaiser dieselbe aber versagt hat, weil sie die Anwendung eines Rechtsmittels verlangte, was nur dem Minderjährigen gewährt wird.

Dass Minderjährigen Restitution gegen den Verzicht auf die *querela inofficiosi* gestattet wird, bedarf demnach keiner weiteren Erörterung mehr, wofern derselbe innerhalb der Minderjährigkeit ausgestellt ist.

Dass die Restitution weg falle, wenn der Minderjährige selbst *in dolo*, ist keine Ausnahme, indem in solchen Fällen die Restitution allgemein versagt wird.

Die von Vielen behauptete Ausdehnung der *restitutio minorum* auf *mulieres* und *rustici*¹³⁾ fassen wir als *restitutio propter errorem* auf.

Die einzige Ausdehnung derselben zeigt sich in den Quellen hinsichtlich der *rei publicae* auf Grund zweier Reskripte, eines von Septimius Severus, ein anderes von Alexander Severus, nemlich L. 78 §. 1 D. de leg. II und L. 3 C. de iure reip. (11, 29)¹⁴⁾. Allem Anscheine nach geschah dieselbe mehr durch Gewohnheitsrecht, und die beiden Reskripte haben dasselbe noch bestätigt.

Die Frage, wie sich die analoge Anwendung der *restitutio minorum* in unserm neuern Rechte gestaltet habe, gehört nicht hierhin.

¹²⁾ Savigny S. 152.

¹³⁾ L. 3 C. Theod. de in integr. rest. (2, 16).

¹⁴⁾ Vgl. noch L. 1 C. de officio eius qui vic. (1, 50), L. 4 C. quib. ex caus. maiores (2, 54).

3) Restitutio propter metum und dolum malum.

A. Gemeinsame Betrachtung.

§. 32.

Diese beiden Restitutionsgründe zeigen eine auffallende Verwandtschaft, ihre geschichtliche Entwicklung ist so eng mit einander verknüpft, dass sich die Betrachtung der einen mit der der andern verbinden muss. Das *corpus iuris* handelt nach L. 1 D. de in integr. rest. von ihnen im tit. 2 und 3. lib. IV. Digest. u. tit. 20 u. 21 lib. 2 Cod., in gleicher Reihenfolge. Die in den Digesten angeführten Stellen stammen aus lib. XI und XII Ulp. und Paul. ad edictum, während die in Titel 5 und 6 aus den nachfolgenden Büchern entnommen sind. Daher die Behauptung Savigny's S. 112 ff., dass Zwang und Betrug die ältesten Restitutionsgründe seien, und da in den angeführten Titeln wenig von Restitution, im Gegentheil fast ausschliesslich von der *actio quod metus caussa* und der *actio doli* die Rede ist, die weitere Ansicht, dass diese Rechtsmittel durch die ordentlichen Klagen verdrängt worden sind¹⁾.

Betrachten wir aber den Satz, dass in tit. 2 und 3 Dig. lib. IV. fast ausschliesslich von den Klagemitteln die Rede ist, dass die Ueberschriften derselben mit keiner Silbe eine *in integr. rest.* erwähnen, was sich auch noch besonders in Cod. 2, 20 und 21 im Vergleiche mit den folgenden Titeln zeigt, dass in diesen Titeln die Restitution höchstens *per incidens* behandelt wird, dass die Worte des Edikts:

„*Quod metus caussa gestum erit, ratum, non habeo*“

„*Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et iusta caussa esse videbitur, iudicium dabo,*“

von einer *integri restitutio* auch nicht die Spur enthalten, sondern von der prätorischen Nicht-Anerkennung des durch Zwang oder Betrug Herbeigeführten reden, dass diese Edikts-

¹⁾ Gegen Savigny Burchardi §. 18, Schröter S. 116 ff., Vangerow §. 185 Anm. 1, Schliemann S. 7—12 und das mir leider nicht zur Hand gewesene Werk: Kramer, leer van den psychischen dwang S. 200 bis 205.

worte sich in demselben XI. Buche ad Edictum finden, aus welchem L. 1 D. de in integr. rest. geschöpft ist, so möchte wohl der Schluss gerechtfertigt sein: „Das prätorische Edikt hat unmittelbar nur die *actio q. m. c.* und *actio doli* eingeführt.“

Schröter S. 119 und 126.

Eine Unterstützung dieser Behauptung enthält rücksichtlich des *dolus* die Fassung des Edikts selbst. Es heisst daher:

— „*si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo*“

Also, wenn eine andere Klage (hierauf der Nachdruck!) nicht existirt und ein rechtfertigender Grund vorliegt, so werde ich *iudicium* geben, d. h. wenn keine andere Klage existirt, so gebe ich die *actio doli* zur Geltendmachung vor dem *iudex*. Hiermit harmonirt die Interpretation dieses Ausdrucks in der ganzen L. 7 h. t. Was den *metus* angeht, so ersehen wir klar aus L. 3 C. q. m. c. (2, 20), dass die *in integrum restitutio propter metum* ein Produkt des späteren Juristenrechts ist.

Es behauptet nun freilich Savigny S. 114, es liege in der Natur der Rechtsbildung, dass die ausserordentlichen Rechtsmittel als die frühern vor und nach durch die ordentlichen verdrängt wurden. Bedenken wir aber, dass die Rechtsbildung nicht immer in so konsequenter Weise vor sich geht, wie man sich dies philosophisch vielfach denkt²⁾, dass es im Gegentheil bei geringerem Rechtskulturzustande nicht selten vorkommen wird, dass die gesetzgebende Gewalt Mittel gewährt, die schon nach kurzer Zeit sich als nicht in allen Fällen brauchbar und passend erzeigen, in Folge dessen man zu ausserordentlicher Hülfe zu greifen genöthigt sein wird, so liegt gewiss nicht zu viel in der Behauptung, dass dies in ähnlicher Weise mit den Rechtsmitteln wegen *metus* und *dolus* hätte sein können. Wir erkennen auf Schritt und Tritt im Römischen Rechte, dass dasselbe nur eine ganz beschränkte Zahl von Rechtsmitteln hatte, wir wissen, dass die *actiones* so ziemlich den ältesten Bestandtheil des Römischen Rechts ausmachen, dass sich alle Ansprüche, soweit thunlich,

²⁾ Vgl. Schliemann S. 93: „Aus dem logischen Nacheinander lässt sich nicht auf ein Nacheinander in der Geschichte schliessen“.

in dem Gewande dieser *actiones* vor den Prätor begeben mussten, und dieser nicht selten in spitzfindigster Weise genöthigt war, die vorhandenen Klagen als *utiles, ficticiae* auf andere, den ursprünglichen Voraussetzungen oft fernliegende Verhältnisse auszudehnen. Und reichte er damit nicht aus, so musste ihm die *in integrum rest.* nicht selten aushelfen, welche überhaupt in der ersten Zeit an weniger feste Prinzipien gebunden war, als dies später die klassischen Juristen zu erreichen versucht haben. Man muss nach dem ganzen Gange der römischen Rechtsbildung die Ansicht Savigny's als eine moderne, dem Römischen Rechte fremde verwerfen. Das Recht bildet sich in einem Volke nicht nach bestimmten, vorgefassten, konsequent entwickelten Prinzipien, sondern ist Produkt der Geschichte, des jeweiligen Bedürfnisses. — Es ist dies der einzige Fehler der Savigny'schen und Puchta'schen Werke, dass sie das Römische Recht mit moderner Anschauung vornahmen, dass sie in Folge der grossen Vorzüge desselben und im Hinblick auf die Rechtszustände ihres Vaterlandes von einer solchen Bewunderung für dasselbe erfüllt waren, dass sie es in jeder Beziehung als das vollkommenste Muster der Rechtskonsequenz betrachteten. —

Dann aber ferner. Die *actio doli* war ein subsidiäres Rechtsmittel. Wie käm man dazu, zu einem subsidiären Rechtsmittel noch ein anderes einzuführen? Wäre Savigny's Annahme richtig, so hätte man an die Stelle der *in integrum restitutio propter dolum* vor und nach die infamirende *actio doli* treten lassen. Dieser Weg wäre vollständig unbegreiflich: hätte man die *in integr. rest.* in eine gewöhnliche nicht infamirende Klage verwandelt, so müsste man bei dieser Veränderung doch noch Vernünftigkeit entdecken, allein wie diese bei der Umformung in eine *actio famosa* anzunehmen, ist mir wenigstens unklar. Würde man aber aufstellen, dass eben in Folge der Infamirung der *actio doli* die schon früher existirende *i. i. r. propter dolum* ihren Platz noch in etwa behauptet habe, was jedoch, wie nachher zu zeigen, falsch ist, so liesse sich dies jedenfalls nicht von der *actio q. m. c.* sagen, welche eben nicht infamirt. Die Folge wäre für letztere jedenfalls die, dass sie die *in integr. rest.* vollständig verdrängt hätte. Dass dem ebenfalls nicht so

ist, soll später gezeigt werden. Ausserdem müssten wohl die in etwa über die *in integr. rest. ex his caussis* noch existierenden Stellen aus älteren Schriftstellern herrühren, als diejenigen sind, welche über die *actiones* handeln.

Es wird demnach jetzt schon die Behauptung gerechtfertigt sein, dass betreffs des *metus* und *dolus* das Rechtsmittel der *in integr. rest.* nicht das frühere gewesen ist, im Gegentheil die Klagen aus denselben *caussis* älter sind, und erst an sie sich die *in integr. rest.* angeschlossen habe.

§. 33.

Wir haben früher gesehen, dass das erste Rechtsmittel wegen *dolus* die *exceptio legis Plaetoriae* gewesen. Diese *exceptio* entwickelte sich zur *in integr. rest. propter minorem aetatem*, jedenfalls aber in ziemlich später Zeit. Daneben fand aber der *dolus* Berücksichtigung in der *exceptio doli*, welche auch den *metus* umfasste. Diese *exceptio* wurde vom Prätor in die *formula* eingefügt, während bei den *bonae fidei iudiciis* durch den *index* der *dolus* berücksichtigt wurde. Die Einführung dieser *exceptio* geschah durch das Cassianische Edikt, dessen Alter unbekannt ist:

L. 4 §. 33 D. de doli mali et met. exc. (44, 4).

Metus caussa exceptionem Cassius non proposuerat, contentus doli exceptione, quae est generalis. Set utilius visum est etiam de metu opponere exceptionem: etenim distat aliquid a doli exceptione: quod exceptio doli personam complectitur ejus qui dolo fecit: enimvero metus caussa exceptio in rem scripta est.

Es erscheint als unbegreiflich, wie aus dieser Stelle Schneider S. 315 ff. den Schluss ziehen konnte, Cassius habe die *actio q. m. c.* eingeführt¹⁾. Zur Unterstützung dieser Ansicht ergeht er sich in unnützen Konjekturen: Cassius und Octavianus, welch' letzterer nach den Quellen das Edikt über den *metus* proponirt habe, seien eine und dieselbe Persönlichkeit, welche Octavus Cassius oder Cassius Octavianus geheissen habe²⁾.

¹⁾ So schon vorher Dompierre S. 125, dessen Werk jedoch Schneider nicht zur Hand gehabt.

²⁾ Vgl. hiergegen Rudorff, gesch. Zeitschrift Bd. 12 S. 166 ff. und be-

Wenn aber Schneider ferner behauptet, die Stelle bei Plaut. Rud. V., 3, 25³⁾ enthalte keine Spur der *exc. doli*, im Gegentheile hier sei nur an die *stipulatio, dolum malum abesse et affuturum esse* zu denken, so ist dies richtig⁴⁾. Daraus aber allein den Schluss zu ziehen, dass zu Plautus' Zeit die *exc. doli* noch nicht existirt habe, dürfte sicherlich gewagt sein, wenn es auch wahrscheinlich ist, dass Plautus dieselbe noch nicht gekannt hat.

Also, die frühere schon bei älteren Schriftstellern seit den Glossatoren sich findende Ansicht, dass Cassius die *exceptio doli* für *stricti iuris iudiciis* eingeführt habe, wird auch jetzt noch anerkannt werden müssen.

Die historische Entwicklung ist demnach wohl folgende gewesen. Das erste Rechtsmittel wegen *dolus* war für specielle Fälle die *exc. leg. Plaet.*, bei ihrer Einführung existirte die *exc. doli* noch nicht. Die *lex Plaetoria* ist ein *Plebiscitum*, also die Berücksichtigung des *dolus* durch *ius civile*: die *except. doli* verdankt ihre Einführung dem Edikt des Cassius, also dem prätorischen Recht. Halten wir diese Momente im Auge, so werden wir den Schluss nicht für ungerechtfertigt halten, dass erst, nachdem das Civilrecht in der *exc. leg. Plaet.* den *dolus* berücksichtigt hatte, das prätorische Recht eine allgemeine *exceptio doli* aufstellen konnte. Ganz bestimmt hätte, wenn wir den umgekehrten Gang annehmen, das prätorische Recht nicht zu einer solchen Neuerung schreiten können, wenn nicht schon durch die *lex Plaet.* hiezu der Weg geebnet worden wäre. Der Gang der Entwicklung muss aber auch deshalb der angegebene gewesen sein, weil es unerklärlich wäre, warum das Civilrecht nach vorhandener prätor. *except. doli* noch die *except. leg. Plaet.* eingeführt hätte. Es wäre die alsdann an zweiter Stelle tretende *exc. leg. Plaet.* vollständig überflüssig gewesen, da ja die nicht für specielle Fälle bestimmte *except. doli* ausgereicht hätte. Einen solchen

sonders S. 170, wo er die historische Unmöglichkeit nachweist, dass „Cassius Octavianus“ der Urheber der *actio q. m. c.* ist. — Seit der 7. Aufl. auch Vangerow §. 185 Anm. I. gegen Schneider.

³⁾ „Cedo quicum habeam iudicem Ni dolo malo instipulatus sis nive etiam dum haud siem quinque et viginti annos natus?“

⁴⁾ Vgl. noch Eisele a. a. O. S. 89.

Mangel an legislatorischer Einsicht hat die Römische Gesetzgebung niemals gezeigt⁵⁾.

Wie dem aber auch sein mag, die Quellen stellen die *exc. leg. Plaet.* als älteres Rechtsmittel dar:

*Alque iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut tutelae XII tabulis et circumscriptio adolescentium lege Plaetoria*⁶⁾.

Einen weitem Beweis für unserere Ansicht entdecken wir bei

Cic. in Verr. II, 3 c. 65:

Eductus est Apronius, edixit vir primarius C. Gallius senator, postulavit a L. Metello ut ex edicto suo iudicium daret in Apronium, quod per vim et metum abstulisset, quam formulam Octavianam et Romae Metellus habuerat et habebat in provincia“.

Es ist allgemein anerkannt und bedarf nach Rudorff's Darstellung keines Beweises mehr, dass Octavius die *actio q. m. c.* eingeführt hat. Bis auf ihn gab es nur die *exc. leg. Plaet.* und *except. doli*, letztere auch den *metus* umfassend: ein Klagemittel wegen *dolus in strictis iuris iudiciis* existierte noch nicht, da erst die nachfolgende Zeit dessen Einführung berichtet. Man behalf sich bis auf Octavius mit der *exceptio doli*, die ja nach den Quellen auch den *metus* umfasste. Im Laufe der Zeit aber musste die Einsicht reifen, dass die *exceptio doli* als defensives Rechtsmittel nicht ausreiche, vielmehr auch ein offensives Rechtsmittel einzuführen notwendig sei. Erwägen wir dabei die unendliche Masse von Gewaltthaten, welche der Bürgerkrieg mit sich brachte, so werden wir einsehen, dass eine derartige Klage ganz am Platze war. Wie das Edikt des Octavius geheissen habe, ist uns nicht bekannt, wahrscheinlich ist die L. 1 D. q. m. c. noch ein Ueberbleibsel desselben, freilich vielfach umgeändert durch die folgende Gesetzgebung. Möglich, dass dasselbe mit den Worten begann: „*Quod vi metusve caussa gestum est, ratum non habebo*“⁷⁾, jedenfalls aber enthielt

⁵⁾ Vgl. Savigny, Vermischte Schriften Bd. 2 S. 339 f.

⁶⁾ Cic. de off. III, 15.

⁷⁾ L. 1 D. q. m. c. Rubr. Cod. 2, 20.

dasselbe noch weitere Bestimmungen, wie wir aus einzelnen Stellen des bezüglichen Digestentitels ansehen:

L. 14 §. 1 D. h. t.:

Si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur. Post annum vero in simplex actionem pollicetur, sed non semper, sed causa cognita.

§. 11 eod. — *neque ea res arbitrio iudicis restituatur.*

Wir wissen, dass im ältern Römischen Rechte der Zwang kein Grund zur Auflösung eines Rechtsverhältnisses gewesen, dass früher allgemein der Grundsatz galt: „*quia quamvis liberum esset, noluissem, tamen coactus volui*“⁸⁾, ein Grundsatz, dessen Milderung dem prätorischen Rechte vorbehalten blieb. Wir haben gesehen, dass nachdem die *exc. doli* gegen die Geltendmachung der durch Zwang herbeigeführten Verhältnisse als nicht mehr ausreichend befunden wurde, die *actio q. m. c.* eingeführt wurde. An eine *in integr. rest.*, welche dieses Edikt eingeführt habe, ist nicht zu denken. Und wenn auch die Worte des Edikts an und für sich auf eine solche gedeutet werden könnten, so würde uns

L. 14 §. 11 cit.

in den Worten des Edikts: „*neque ea res arbitrio iudicis restituatur*“ schon eines Bessern belehren. Diese Worte haben ursprünglich im Edikt gestanden und können nur auf eine *actio arbitraria*, auf die *actio q. m. c.* hinweisen. Dieses besagen auch die Worte Cicero's: *ut ex edicto suo iudicium daret in Apronium*, welche Worte mit der Auffassung einer *in integr. rest.* nicht zu vereinigen sind, ferner „*formulam Octavianam*“, was nur an die *actio q. m. c.* denken lässt.

§. 34.

Der Weg, den die Gesetzgebung betreffs *dolus* und *metus* eingeschlagen hatte, ist demnach bisher folgender gewesen: bis zur Einführung der *exceptio doli*, welcher die *actio q. m. c.* folgt, gab es keine *in integr. rest. propt. dolum* sowohl als *metum*. Die gegen den *metus* gewährte

⁸⁾ L. 21 §. 5 D. q. m. c.

actio q. m. c. war *in rem scripta*, die *exceptio doli* als auch den *metus* berücksichtigend, nicht. Es muss sich also nach einiger Zeit eine Lücke gezeigt haben, wo die *exceptio doli* im Hinblick auf die *actio q. m. c.* nicht mehr ausreichte, und diesem Umstand verdankte die *exceptio metus* ihren Ursprung.

L. 4 §. 33 in f. D. de doli exc. (44, 4).

Andererseits zeigte sich aber auch rücksichtlich des *dolus* ein Mangel. Es gab im Römischen Recht eine *exceptio doli*; mit dieser konnte aber nur *defendendo* dem Kläger gegenüber gehandelt werden; um denjenigen, der mich betrogen hatte, klägerisch zu belangen, dazu gab mir das Recht, mit Ausnahme bei *bonae fidei iudicia*, kein Mittel. Deshalb brachte der Prätor Aquilius die *actio doli* in seinem Edikte auf¹⁾. Während wir früher rücksichtlich der *exc. doli* und *actio q. m. c.* weniger genaue geschichtliche Anhaltspunkte hatten, gewährt uns hier Cicero ganz präzise Auskunft:

de nat. Deor. III, 30:

„Unde everriculum malitiarum omnium, iudicium de dolo malo, quod C. Aquilius familiaris noster protulit; quem dolum idem Aquilius tum teneri putat, quum aliud sit simulatum, aliud actum“,

de off. III. c. 14:

— „nondum enim Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas“.

Also Aquilius, Zeitgenosse und College Cicero's in der Prätur 688 d. St.²⁾, ist der Urheber der *de dolo malo formulae*. Was ist unter diesen *formulae* zu verstehen? Hierauf ist verschiedentlich geantwortet worden:

Burchardi versteht darunter „die Formulare für die doppelte *actio de dolo*: die *actio de dolo in ius concepta*, und die *actio de dolo in factum*“.

Schneider S. 326 denkt hierbei an die *actio* und *exc. doli*, und

Vangerow §. 185 Anm. 3 bezieht den Plural ausschliesslich auf die *actio doli*.

¹⁾ Vgl. zu dieser Darstellung noch Rudorff, Römische Rechtsgeschichte II S. 170.

²⁾ Burchardi S. 308 ff.

Die Ansicht Burchardi's verwirft Schneider mit vollem Recht, denn es ist sicher, dass niemals eine rein prätorische Klage *in ius* koncipirt war. Wäre die *actio doli* civilen Ursprungs, so könnte man die Anwendung derselben vermöge prätorischer Befugniss als *in factum concepta* annehmen. Wenn es neben der *actio in dolum* auch eine *actio in factum* gab, so ist letztere nicht mehr als eine Klage, welche der Prätor bei denselben Voraussetzungen, wie der *de dolo*, da gewährte, wo es ihm unpassend erschien, den immerhin missliebigen Begriff des *dolus* und die der *actio doli* folgende Infamie nicht zu Tage treten zu lassen, z. B. bei Klagen der Kinder gegen Eltern wegen Betrugs der letztern. Diese *actio in fact.* ist keine *actio doli*, sondern wie Schneider richtig bemerkt, läuft derselben als Surrogat parallel. Sie ist ein anderes Rechtsmittel, und deshalb die Unterscheidung zwischen *actio doli in ius* und *actio doli in factum concepta* falsch.

Vgl. Schneider a. a. O.

Die Schneider'sche Ansicht³⁾, dass unter den *dolo malo formulae* die *actio* und *exceptio doli* zu verstehen sei, ist schon oben widerlegt worden, wo nachgewiesen wurde, dass die *exceptio doli* ihren Ursprung im Edikte des Cassius hatte; es widerspricht sich aber bei dieser Behauptung Schneider selbst, wenn er S. 317, besonders N. 22 und S. 318 anerkennt, dass die *excep. doli* schon vor der *actio q. m. c.* gewesen sei, indem zu der Zeit, wo „Cassius“ (d. h. Octavius) sein Edikt „*de metu*“ proponirt, die *exc. doli* schon existirt habe, dann aber behauptet, dass die *exc. doli* von Aquilius herühre, der doch später als „Cassius“ lebte. Es bleibt also nur der Schluss übrig, dass Aquilius die *actio doli* eingeführt hat. Dies ist die Ansicht Vangerow's a. a. O., welcher mit vollem Recht in dem Plural *formulae* keinen Gegen Grund findet, von derselben abzugehen⁴⁾. Dieser Plural ist so zu erklären, dass obschon der *dolus* in einer und derselben Weise in der *formula* berücksichtigt wurde, er doch in

³⁾ In derselben Weise schon Dompierre S. 179.

⁴⁾ Den Grund, weshalb die schon längst existirende *exc. doli* bei dem von Cicero angeführten Falle nicht ausreichte, siehe bei Puchta, Institutionen 7. Aufl. §. 170 Note 6.

den mannigfaltigsten Fällen zur Anerkennung kam, und diese Mehrheit den Plural *formulas* herbeigeführt hat.

Also: nach Vorgang der *lex Plaet.* ertheilte Cassius die *except. doli*, an zweite Stelle trat durch Octavius das Edikt über das *quod vi metusve causa gestum erit*, unter Ertheilung der *actio q. m. c.*, an dritte Stelle endlich durch Aquilius die *actio doli*. Bis dahin entdecken wir noch keine Spur von einer *in integr. rest. propter metum* und *dolum*: es waren diese die einzigen Rechtsmittel in den Fällen des *dolus* und *metus*, und sogar die in den Quellen vorkommende *except. metus* ist spätern Ursprungs. Anfangs half noch immer die *exceptio doli* an ihrer Stelle aus, erst später in Folge des Satzes: „*cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit*“ und in Folge des Umstandes, dass die *exceptio doli* nicht *in rem scripta*, die *actio q. m. c.* aber *in rem scripta* war, also die erstere in allen Fällen des *metus* vertheidigungsweise nicht immer ausreichte, kam die *exceptio metus* auf.

Jedoch, ehe wir zu der Frage übergehen, wie sich die Einführung der *in integr. rest.* zu diesen Klage- und Vertheidigungsmitteln verhalte, wollen wir eines Umstandes nicht vergessen, der für die Beurtheilung des tit. 2 lib. IV vielleicht wichtig ist. Es ist auffallend, dass unser *corpus iuris* von einer *formula Octaviana* auch nicht eine Silbe erwähnt; ihre Existenz im Römischen Recht ist jedoch ohne Zweifel. Hieran knüpft sich die Frage, ob die Ediktsstelle in L. 1 D. h. t. nicht vielmehr aus einem andern Edikte als dem von Octavius proponirten herrühre, vielleicht spätern Ursprungs sei, während das Edikt des Octavius andere Bestimmungen über den *metus* enthalten und später verschwunden sei. Diese Frage ist zu verneinen: das Edikt des Octavius hat im Wesentlichen gelautet, wie die Ediktsstelle in L. 1 cit., es knüpfte an die Repetundengesetzgebung auch dem Wortlaute nach an, wie dies ausführlicher von Rudorff, gesch. Zeitschrift a. a. O. nachgewiesen ist, worauf hier eine Verweisung genügt.

§. 35.

Wir gehen nunmehr zu dem wichtigsten Theile in diesem Abschnitte über, nemlich zu der Frage, wie das Verhältniss

der Klagemittel wegen *metus* und *dolus* einerseits und der *in integrum rest.* andererseits gewesen sei. Diese Frage ist verschiedentlich beantwortet worden.

So war vor Burchardi vorzugsweise die Antwort hierauf, diese vorher berührte *actio* und *exceptio doli*, *actio* und *except. metus* seien eben die *in integr. rest. propt. dolum* und *metum*. Zu dieser Auffassung trug mehr oder weniger die Darstellung des Paulus¹⁾ bei. Der erste, welcher in nachhaltiger Weise diese Ansicht bekämpfte, war Burchardi, und nach ihm Schröter. Die Folge hiervon war, dass eine scharfe Unterscheidung zwischen der *in integrum rest. propt. metum* und *dolum* und den *actiones doli u. q. m. c.* statuirt wurde, eine Unterscheidung, die vielleicht über das Maass des nach unsern Quellen zulässigen hinausging. In Folge dieser Bestrebungen wurde es denn immer mehr und mehr anerkannt, dass in den titt. 2 und 3 lib. IV. von zwei ganz verschiedenen Rechtsmitteln die Rede sei, der *in integr. rest.* und den *actiones*, und heutiges Tage möchte es wohl Niemanden geben, der nicht aus diesen Titeln die Ueberzeugung geschöpft hätte, dass zwischen den ordentlichen Rechtsmitteln und ausserordentlichen unterschieden werden müsse; freilich werden dabei Modifikationen aufgestellt, die die ganz allgemeinen Behauptungen der L. 1. 2 D. de in integr. rest. in grösserm oder geringerm Masse aufheben. — Das einzige von den heutigen Tags im Gebrauche befindliche Lehrbuch des Römischen Rechts, welches die *actio q. m. c.* als *in integr. rest.* noch auffasst, ist, unseres Wissens Keller, Pandekten §. 100, umgekehrt nehmen Göschen und Puchta eine *in integr. rest. ex capite metus* und *doli* nicht an: alle Anderen anerkennen die Trennung zwischen den ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmitteln.

B. Metus.

§. 36.

Nach L. 1 D. de in integr. rest. ist der *metus* als *iusta causa in integr. restitutionis* anerkannt; im Titel 2 desselben wird aber fast ausschliesslich in Anknüpfung an das präto-

¹⁾ R. S. I, 7 ff.

rische Edikt über die *actio q. m. c.* gehandelt. Zur Erklärung dieses Umstandes hat man die Ansicht aufgestellt, das prätorische Edikt habe beide Rechtsmittel eingeführt, sowohl die *actio q. m. c.* als die *in integr. rest. propter metum*. Freilich wäre die generelle Fassung der in L. 1 D. h. t. auftretenden Ediktsstelle dieser Annahme günstig, allein mit Recht bemerkt hiergegen Schliemann, diese Ansicht setze voraus „eine Luxuriosität in der Aufstellung von Rechtsmitteln, wie sie die Römer, wenigstens in der zur Rede stehenden, für unnütz hielten“¹⁾. Die in L. 1 D. h. t. noch existirenden Edikts Worte besagen unseres Erachtens nicht mehr, als dass die erzwungenen Rechtsgeschäfte nach prätorischem Rechte ungültig seien. Den Beweis hierfür liefern uns L. 3. 4 C. de his quae vi (2, 20), wo der Ausdruck „*secundum formam perpetui edicti*“ von der *in integr. rest.* und der gleichbedeutende „*iuxta formam perpetui edicti*“ von der *actio q. m. c.* gebraucht wird. Die Interpretation des Edikts aber dachte bei dem „*ratum non habebo*“ an die *actio* und *exc. metus*: das zeigt deutlich L. 9 §. 3 L. 14 §. 1 D. h. t., erst die Zeit von Ulpian fasste hierunter auch die *in integr. rest.* auf, freilich, wie sogleich nachzuweisen, in eigenthümlicher Bedeutung.

Aus diesem Faktum zieht Schröter den Schluss, die *in integr. rest. propter metum* verdanke ihren Ursprung dem in L. 9 §. 3 cit. angeführten Reskript des Kaisers Alexander Severus. Dieser Schluss bedarf zum Beweise seiner Unrichtigkeit einer genauern Betrachtung jenes Fragmentes.

L. 9 §. 3 D. h. t.:

Sed quod Praetor ait, ratum se non habiturum: quatenus accipiendum est videamus. Et quidem, aut imperfecta res est, licet metus intervenerit; utputa stipulationem numeratio non est secuta: aut perfecta; si post stipulationem et numeratio facta est, aut per metum accepto debitor liberatus est, vel quid simile contigerit, quod negotium perficeret. Et Pomponius scribit, in negotiis quidem perfectis et exceptionem interdum, et actionem competere: in imperfectis autem, solam exceptionem. Sed ex facto scio, cum Campani, metu

¹⁾ a. a. O. S. 12.

cuidam illato, extorsissent cautionem pollicitationis, rescriptum esse ab Imperatore nostro, posse eum a Praetore in integrum restitutionem postulare: et Praetorem, me adsistente interlocutum esse, ut sive actione vellet adversus Campanos experiri, esse propositam: sive exceptione adversus petentes, non deesse exceptionem. Ex qua Constitutione colligitur: ut, sive perfecta, sive imperfecta res sit, et actio, et exceptio detur.

Allerdings erwähnt hier Ulpian ein Rescript des Kaisers Alexander Severus, welcher *in integrum restitutio* anwandte. Aber ist unter diesem Begriffe an unser technisch sogenanntes, ausserordentliches Rechtsmittel zu denken? Gewiss nicht. Ulpian scheidet hier zwischen *negotia imperfecta* und *perfecta*, indem man z. B. entweder in Folge Zwangs eine Leistung versprochen, das Versprochene aber noch nicht erfüllt hat, oder indem man das erzwungene Rechtsgeschäft auch erfüllt hat. Im ersten Falle soll nach Pomponius dem Gezwungenen die *exceptio* nur zustehen: doch wohl keine andere als die *exc. metus*; im zweiten Falle soll ihm im Allgemeinen die *actio* zu Gebote sein, bisweilen auch die *exceptio*²⁾, jedenfalls die *actio q. m. c.* und *exceptio metus*. Allein, sagt Ulpian, ohne die Ansicht des Pomponius zunächst weder zu widerlegen, noch aufrecht zu halten: ich weiss, dass ein Fall vorgekommen ist, wo, nachdem man für eine Pollicitation Sicherheit mittelst Zwang erlangt hatte, der Kaiser verfügte, der Gezwungene könne vom Prätor auch *in integr. rest.* verlangen. Und demnach entschied der Prätor in Gegenwart Ulpian's folgendermassen: „Zur Geltendmachung deiner Ansprüche steht dir sowohl eine *actio* als eine *exceptio* zur Verfügung.“ Diese vom Prätor als *in integrum rest.* gewährte Klage ist aber keine andere gewesen, als die *actio q. m. c.*, denn „*actionem esse propositam*“, nemlich im prätorischen Edikt. Dieselbe Klage, welche Pomponius im Allgemeinen nur bei *negotiis perfectis* für zulässig hielt, dieselbe Klage soll auch bei *negotiis im-*

²⁾ Ich erkläre hier, der Kriegel'schen Ausgabe zu folgen und nicht mit Schröter das Komma vor *interdum* zu stellen. Die Unrichtigkeit der Schröter'schen Interpunktion zeigt sich auf den ersten Bl.

perfectis gegeben werden: „*Ex qua Constitutione colligitur, ut sive perfecta sive imperfecta res sit, et actio et exceptio detur*“.

Ist diese Darstellung, welche wir Schmidt v. Ilmenau, Civilist. Abhandlungen (I. Bd.) S. 5 ff. verdanken, richtig, so folgt daraus, dass Ulpian in L. 9 §. 3 cit. unter dem Ausdrucke *in integr. rest.* die *actio q. m. c.* mitverstand. Damit fällt denn auch die Ansicht Schröter's, wenn er aus dieser Stelle das Alter der *in integr. rest. propt. metum* bestimmen will, in sich zusammen.

Nur in dieser Weise lässt sich eine ungezwungene Erklärung dieser Stelle herstellen, die bis jetzt um so weniger gefunden worden ist, als man es für unmöglich hielt, dass Ulpian unter der *in integrum restitutio* die *actio q. m. c.* verstehen sollte. Man erging sich in theilweise spitzfindigen von vornherein als unlogisch zu erkennenden Erklärungen.

Schröter S. 119 behauptet, dass, nachdem Ulpian in §. 3 „zwischen der *actio* und *exceptio* des Edikts und der durch das *rescriptum principis* zugelassenen *in integrum restitutio*“ unterschieden, er die letztere im §. 4 näher erkläre. Freilich ist §. 4 von der *in integr. rest.* im sog. technischen Sinne die Rede, allein unzulässig ist es, diesen Paragraph für die Erläuterung der vorher durch Kaiserreskript verheissenen *in integr. rest.* zu verwenden. Dieser Paragraph steht im ausgesprochenen Gegensatze zu dem vorherigen und dient durchaus nicht zur Erklärung desselben. Wäre die Behauptung Schröter's richtig, so hätte niemals Ulpian sagen dürfen, nachdem der Kaiser die *in integr. rest.* vor dem Prätor gestattet hatte: „*et Praetorem interlocutum esse sqq.*“ Schon aus sprachlichen Gründen ist demnach die Auffassung Schröter's unrichtig. Aehnlicher Ansicht wie Schröter ist auch Vangerow §. 185 II 1³).

§. 37.

Gehen wir nunmehr zu den in dieser Materie wichtigsten Stellen des *corpus iuris* über.

1) L. 1 D. de *in integr. rest.* erkennt eine *in integr. rest. propter metum* an. Dasselbe thut Paulus R. S. I, 7 §. 2, während er §. 4 eod. die *actio q. m. c.* ebenfalls als *in integr. rest.* auffasst.

³) Vgl. noch Savigny S. 105 f. S. 193 f.

2) In L. 9 §. 4 D. h. t. heisst es:

Volenti autem datur et in rem actio, et in personam, rescissa acceptilatione, vel alia liberatione.

Der Sinn dieser Stelle ist, wie schon angedeutet, der, dass neben der in §. 3 als *in integr. rest.* ebenfalls anerkannten *actio q. m. c.* auch die *in integr. rest.* im sog. technischen Sinne gewährt wird, d. h. das durch Zwang herbeigeführte Resultat wird vom Prätor als nicht vorhanden betrachtet, und demgemäss werden die nach Civilrecht untergegangenen Ansprüche zu erneuter Geltendmachung zugesichert.

3) L. 3 C. de his quae vi (2, 20):

Si vi vel metu fundum avus tuus distrahere coactus est, etiamsi maxime emptor eum alii vendidit: si tamen tu avo tuo heres extitisti, ut tibi reddito a te pretio restituatur, postquam placuit in rem quoque dari actionem secundum formam Perpetui Edicti, adito Praeside provinciae poteris postulare, si modo qui secundo loco comparavit, longae possessionis praescriptione non fuerit munitus.

Allerdings haben wir hier es mit einer *in integr. rest. secundum formam perpetui edicti* zu thuen, d. h. nach der Fassung des *edictum perpetuum* gestattet der Kaiser auch ein *in integr. rest. propter metum* und auf Grund derselben die *actio in rem*¹⁾.

¹⁾ Diese Stelle wird insgemein von einer *in integr. rest.* verstanden und zwar mit vollem Recht. Anderer Ansicht ist Schliemann S. 69 ff., indem er eine solche leugnet und sich hierfür auf den Umstand beruft, dass, wäre die *in integr. rest.* anzunehmen, die Vorschrift undenkbar wäre: „*si modo longae possessionis praescriptione non fuerit munitus*“. Es müsse alsdann die Beschränkung im Gegentheil hinzugefügt sein: „wenn nur nicht die für Verjährung der *in integr. rest.* festgesetzte Zeit verstrichen ist“, indem es unmöglich sei, dass die *restit. propt. metum*, bei der die Verjährung mit der Läsion beginnt, noch bis zum Ablauf von 10 resp. 20 Jahren zulässig wäre. Schliemann nimmt demnach eine einfache *actio in rem*, ohne Rescission des Zwangs, an, beruhend auf der vom Kaiser in dieser Stelle aufgestellten totalen Nichtigkeit der durch Zwang herbeigeführten Rechtsgeschäfte. Diese Ansicht ist falsch, denn nicht allein, dass dasselbe Verfahren wie bei der *in integr. rest.* auf letztere schon hinweist: „*postquam placuit in rem quoque dari actionem secundum formam perpetui edicti, adito praeside provinciae poteris postulare*“ übersieht Schliemann vollständig den Anfang der Stelle. Wir müssen bei derselben voraussetzen, der Erbe des Verstorbenen, welch' letzterer gezwungen einen *fundus* verkauft hat, sei als

Dieses Reskript ist ausserdem noch merkwürdig, indem es zeigt (*postquam placuit sqq.*), dass die *in integr. rest. propter metum* spätern Ursprungs ist als die *actio q. m. c.*²⁾

4) L. 21 §. 6 D. h. t. anerkennt durch Gegenüberstellung des ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmittels sowohl die *actio q. m. c.* als die *in integr. rest. propt. metum* an.

5) L. 21 §. 5 D. h. t.:

*Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui: sed per Praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.*³⁾

Man hat diese Stelle oft als Stütze für die Behauptung aufgeführt, dass die *actio q. m. c.* in verschiedenen Fällen unbrauchbar gewesen und demnach die *in integr. rest.* als Aushülfe gedient hätte. In wie fern dies begründet sei, wollen wir nunmehr untersuchen.

Das Verhältniss ist hier folgendes: A zwingt den B die verschuldete Erbschaft des C anzutreten. In Folge hiervon gehen die Klagen der Erbschaftsgläubiger gegen B, welcher andererseits Klage gegen den A nöthigenfalls auf den vierfachen Ersatz des ihm erwachsenen Schadens hat. B braucht aber die Erbschaftsgläubiger nicht zu befriedigen, da ihn die *exceptio metus* von deren Klage befreit. Eine Unzulänglichkeit der ordentlichen Rechtsmittel ist demgemäss nicht anzunehmen, wenn auch vielleicht die *in integr. rest.* schneller zum Ziele führte.

Fassen wir diese Stellen in Verbindung mit L. 9 §. 3

Enkel noch minderjährig gewesen, die Frist in welcher der Erblasser die Bitte um *in integr. rest. propt. metum* vorbringen konnte, sei durch den Tod unterbrochen worden und auf den Erben übergegangen. Denken wir uns nun z. B. den Erben als Enkel in einem Alter von 20 Jahren bei dem Tode des Grossvaters, so konnte er nach L. 19 D. de min. die dem Erblasser bei dessen Tode noch zuständige Frist zur Erbittung der Restitution mit Vollendung des 25. Jahres noch benutzen, was jedoch nicht stattzufinden brauchte, wenn derselbe beim Tode des Grossvaters z. B. erst 12 Jahre alt war, indem in diesem Falle der Besitzer die Sache schon ersessen haben konnte. Bei der *praescriptio XX annorum* ist eine Abwesenheit des Enkels anzunehmen, während welcher der Besitzer die Sache ersessen hatte.

²⁾ Schröter S. 120.

³⁾ Vgl. noch L. 85 D. de adq. hered. (29, 2) und L. 5 C. de his quae vi (2, 20).

D. h. t. zusammen, so stellen wir als Resultat derselben den Satz auf, dass die Juristen des *corpus iuris* und nach ihnen die Kompilatoren unter der *in integr. rest. propt. metum* im weitem Sinne auch die *actio q. m. c.* verstanden haben, im Uebrigen aber diese beiden Rechtsmittel von einander zu scheiden bemüht waren. Wir dürfen hierbei die L. 9 § 3 D. h. t. als eine Einzelheit enthaltend nicht auffassen: es steht diese Stelle mit andern z. B. Paulus R. S. in engem Zusammenhang.

Einen weitem Beweis für diese Annahme enthält noch L. 9 §. 7. 8 D. h. t.:

Ex hoc Edicto restitutio talis facienda est, id est in integrum officio iudicis, ut, si per vim res tradita est, retradatur, et de de dolo (sicut dictum est) repromittatur, ne forte deterior res sit facta. Et, si acceptilatione liberatio intervenit, restituenda erit in pristinum statum obligatio: usque adeo, ut Julianus scribat lib. 4. Digestorum, si pecunia debita fuit, quae accepta per vim facta est, nisi vel solvatur, vel restituta obligatione iudicium accipiatur, quadruplo eum condemnandum. Sed et si per vim stipulanti promiserit, stipulatio accepto facienda erit. Sed et si ususfructus, vel servitutes amissae sunt, restituendae erunt. §. 8. Cum autem haec actio in rem sit scripta, nec personam vim facientis coërceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est: non immerito Julianus a Marcello notatus est scribens, si fideiussor vim intulit, ut accepto liberetur, in reum non esse restituendam actionem; sed fideiussorem, nisi adversus reum quoque actionem restituat, debere in quadruplum condemnari. Sed est verius, quod Marcellus notat, etiam adversus reum competere hanc actionem, cum in rem sit scripta.⁴⁾

Unter dem „*iudex*“ ist wie Schmidt a. a. O. S. 7 nachgewiesen hat, der *a magistratu* gegebene Richter zu verstehen.

⁴⁾ Wenn Schneider S. 250 den Ausdruck „*in integr. rest.*“ in dieser Stelle von einem quantitativen Verhältnisse, entgegengesetzt der qualitativ technisch sog. *in integr. rest.* versteht, so mag dies richtig sein, woraus jedoch nicht folgt, dass die römischen Juristen diese quantitative Wiederherstellung nicht auch als technische aufgefasst haben.

Die Verurtheilung in das *quadruplum*, wenn die durch Zwang entzogene Sache nicht retradirt wird, geschieht doch nur durch den *iudex*, nicht den Prätor. Also haben wir hier eine *in integrum restitutio officio iudicis*, entgegen der *in integrum restitutio officio Praetoris*. Wie ist dies zu erklären? Nach älterm Rechte war kein Rechtsmittel gegen den Zwang gegeben, erst die prätorische Macht suchte diesem Uebelstande abzuhelpen, und deshalb erklärte der Prätor, dass er das durch Zwang Herbeigeführte nicht anerkennen werde. In Folge dieser Auffassung wies der Prätor den *iudex* an, den Zwang nicht anzuerkennen, also denjenigen, welcher denselben ausgeübt hatte, zur Restitution des vermittelst Zwangs Erlangten zu verurtheilen. Das Resultat hiervon war die Wiedererlangung der mit Gewalt entzogenen Sache, eine faktische *in integr. rest.*, und zwar *officio iudicis*: der Prätor gewährte nur die Möglichkeit der Wiedererlangung durch Ertheilung einer Klage zu diesem Zwecke vor dem *iudex*. Erst der Richter war es, der durch die Anerkennung dieser Klage als begründete, den frühern Stand wiederherstellte, *in integrum restituit*.

Der Grund von dieser auch die *act. q. m. c.* umfassenden Benennung war der, dass sowohl die technisch sog. *in integr. rest.* als die *actio* zur Folge hatten die faktische Wiederherstellung. Diese war bei der *in integr. rest.* der mittelbare Zweck, indem mit der Ertheilung der hierzu nöthigen ordentlichen Rechtsmittel dieselbe schon abgeschlossen war und erst dieselben die faktische Wiedererlangung bezwecken sollten, während dieselbe bei der *actio q. m. c.* unmittelbarer Zweck war.

Es zeigt sich hier ganz klar, dass der Begriff der *in integr. rest.*, wie er sich in unsern Kompendien als streng den *actiones* gegenüberstehend findet, das Resultat der Jurisprudenz ist, dass man bei dem *metus* mehr auf die faktische Wiederherstellung sein Augenmerk richtete, denn auf die durch Rescission des Rechtsgeschäftes erfolgte Aufhebung des bisherigen Verhältnisses und Ertheilung der zur Wiedererlangung des ursprünglichen Zustandes nothwendigen Rechtsmittel. Anerkennen muss man dabei aber, dass die klassischen Juristen diese Anschauung mehr und mehr zu verlassen strebten und die *restitutio propter metum* den übrigen

zu nähern bemüht waren. Die Schuld. hiervon trug natürlich das Edikt, welches den Begriff der Restitution nicht präcisirte und sich nur mit der Behauptung der Nicht-Berücksichtigung erzwungener Rechtshandlungen begnügte.

§. 38.

Es bleibt nun noch die Frage nach dem Grunde der Einführung der *in integr. rest.* neben den ordentlichen Rechtsmitteln zu beantworten. Das Römische Recht hatte gegen den *metus* die *actio* und *exceptio metus*, die *actio* und *exceptio doli*¹⁾. Die Sache obenhin betrachtet, würde man behaupten, dass eine *in integr. rest.* zu diesem Zwecke überflüssig gewesen sei. Wirklich möchte denn auch wohl kaum ein Fall entdeckt werden, wo die *in integr. rest.* als subsidiäres Rechtsmittel absolut nothwendig gewesen, in allen Fällen wird man mit den ordentlichen Rechtsmitteln haben ausreichen können. Der Grund zur Einführung wird demgemäss kein anderer als der der besondern Zweckmässigkeit dieses ausserordentlichen Rechtsmittels gewesen sein. Man knüpfte an die auf Rückerstattung der erzwungenen Sache gerichtete *actio q. m. c.* an und gab nach Rescission des durch Zwang herbeigeführten Rechtsverhältnisses eine sofortige direkte²⁾ Klage auf den erzwungenen Gegenstand. Nur in dieser Weise ist meines Erachtens die Sache aufzufassen, und hierin zeigt sich ebenfalls wieder die spätere Einführung der *restitutio*. Der Befehl des Prätors bei der *actio q. m. c.*: „*Si quis non restituat, in quadruplum in eum condemnato*“ bildete die Grundlage der *in integr. rest.*³⁾ An die Gewährung der direkten Klage durch *in integrum restitutio* schloss sich dann noch die Versagung der Klage zu Ungunsten des Gegners des durch Zwang Verletzten an. Sehr häufig freilich wird der Prätor diese Restitution nicht ertheilt haben, da meistentheils wohl schon die *exceptio metus* ausreichte, immerhin aber muss aus den Quellen ihre An-

¹⁾ Dass auch die *condictio ob turpem causam* wegen *metus* eintrat, sei nur erinnert. — L. 4 §. 2 D. de cond. ob turp. vel iniust. caus. (12, 5).

²⁾ „Direkt“ nicht im technischen Sinne zu fassen, da diese Klage technisch, „*utilis*“ war.

³⁾ L. 14 §. 1 D. h. t. vgl. §. 3. §. 4. §. 11. §. 15 eod. L. 16 §. 1 eod.

wendung anerkannt werden. Der Gedanke liegt hierbei nicht fern, dass durch das prätorische Recht wahrscheinlich nach Analogie der an Stelle der *actio doli* vielfach tretenden *in integr. rest. propt. dolum* auch die *restitutio propter metum* gewährt wurde, und vielleicht liegt der Grund der gemeinsamen Benennung des technisch als *in integr. rest.* aufzufassenden Rechtsmittels und der *actio q. m. c.* in L. 9 §. 3 D. h. t. gerade darin, dass da das erste weniger im Römischen Rechte gebraucht wurde, es nahe lag, zugleich durch geschichtliche Momente unterstützt, für beide die gleiche Bezeichnung aufzustellen, und demnach eine Vermengung der Prinzipien beider Arten von Rechtsmitteln herbeizuführen.

In dieser Weise zeigt sich die Berechtigung der oben angeführten Keller'schen Darstellung. Mag es dem bei den andern Restitutionen gegangenen Wege widersprechen, die prätorische technisch sog. *in integr. rest.* mit der *actio q. m. c.* zu vermengen, Thatsache ist und bleibt diese gemeinsame Benennung, woraus folgt, dass die Römer auch letztere als technische *in integr. rest.* auffassten. Dieses Faktum kann nicht bestritten werden und ist nur in obiger Weise zu erklären. Diejenige Systematik, welche das Römische Recht in der Gegenübersetzung der ordentlichen Rechtsmittel zu der *in integr. rest.* befolgte, zeigt sich bei der *in integr. rest. propter metum* nicht.

Zum Schluss verweisen wir noch auf die oben angeführte Stelle bei Paulus R. S., in welcher wir ein wichtiges Moment zur Unterstützung unserer Beweisführung erblicken.

C. Dolus malus.

§. 39.

Nach derselben L. 1 D. de in integr. rest. ist auch der *dolus* als Restitutionsgrund anerkannt, und in ähnlicher Weise wie beim *metus* wird in tit. 3 lib. IV. Dig. fast ebenso ausschliesslich über die *actio doli* gehandelt, als in tit. 2 über die *actio q. m. c.* Im Codextitel II, 21 finden wir überhaupt keine Silbe von einer *in integr. rest. propter dolum*¹⁾. Des-

¹⁾ So auch Paul. R. S. I, 8, cod. Greg. 2, 2, cod. Theod. 2, 15.

halb die Behauptung einerseits, es hätte keine eigentliche *in integrum restitutio propter dolum* gegeben²⁾, andererseits die nicht so radikale Ansicht, die *in integr. rest. propter dolum* sei in späterer Zeit durch die *actio doli* verdrängt worden³⁾. Beide Ansichten sind unrichtig und nunmehr als solche nachzuweisen.

Zur Zeit, wo Aquilius *de dolo malo formulas*, d. h. wie oben gezeigt, die *actio doli*, *proposuit*, gab es kein besonderes Klagemittel wegen *dolus*. Dies besagt ganz deutlich Cic. de off. III, 15. Ausserdem wurde der *dolus* gemäss den XII Tafeln bei der *actio tutelae*, laut der *lex Plaetoria* bei der *exceptio legis Plaetoriae* und bei der *exceptio* auf Grund des Cassianischen Edikts berücksichtigt. Von einer *in integr. rest. propter dolum* entdecken wir bis dahin noch Nichts. Hätte sie zu Cicero's Zeit existirt, so würde er jedenfalls an der berührten Stelle davon gesprochen haben, wo er sagt, dass in dem behandelten Falle, da noch nicht die *de dolo malo formulae* aufgestellt waren, kein anderes Rechtsmittel hätte aushelfen können. Eine *in integr. rest.* hätte ausgereicht, wofern sie existirte. Da es also keine *in integr. rest. propter dolum* und *actio doli* gab, beides Rechtsmittel, mit denen man als Kläger zu seinem Rechte kommen konnte, so führte Aquilius die *actio doli* ein. Wir sehen auch hier wiederum, dass die Römische Rechtsentwicklung nicht den Gang genommen hat, wie man sich dies heutiges Tages vielfach vorstellt, dass Savigny Unrecht hat, wenn er der Ansicht ist, dass allgemein die ausserordentlichen Rechtsmittel die frühern und die ordentlichen die spätern sind. Man sah eben ein, dass ein Rechtsmittel für den durch *dolus* Verletzten nothwendig war, wo die schon vorhandenen, einschliesslich der Kontraktsklagen nicht ausreichten: und was that der Prätor? Nicht, wie man annehmen möchte, gewährte er eine *in integr. rest. propter dolum*, sondern die *actio doli*. Diese *actio doli* im Zusammenhange stehend mit dem *iudicium legis Plaetoriae* ist infamirend und als solche ein subsidiäres Rechtsmittel, welches erst da eintrat, wo die andern Mittel nicht ausreichten.

L. 1 §. 7. L 7 D. h. t.

²⁾ Francke S. 66, Göschen S. 569, Puchta, Instit. II §. 177 N. o.

³⁾ Savigny S. 112, Puchta Pandekt. §. 102 N. c.

Dass die *in integr. rest.* so ganz still durch die *actio doli* verdrängt worden wäre, widerspricht dem Römischen Rechtsgange. Eine förmliche Abrogation sowohl als eine nur gewohnheitsrechtliche Aufhebung würden die Kompilatoren auch erwähnt haben. Dass wir keine hierauf bezüglichen Stellen im *corpus iuris* auffinden, ist mit ein Beweis für unsere Annahme, dass zur Zeit der *actio doli* es eine *in integr. rest. propter dolum* nicht gab. In Folge hiervon der Schluss: Hat es zur Zeit der Einführung der *actio doli* noch keine *in integrum restitutio propter dolum* gegeben, so muss, wenn überhaupt eine solche anzunehmen ist, ihr Ursprung in eine spätere Zeit gesetzt werden.

Im ganzen dritten Titel lib. IV. Dig. ist kaum eine *in integr. rest. propter dolum* zu entdecken, in den übrigen Stellen des *corpus iuris* sind ebenfalls nur wenige Spuren aufzufinden. Demgemäss müssten, wenn die Annahme Savigny's richtig wäre, die im *corpus iuris* noch von der *in integr. rest. propter dolum* handelnden Stellen sehr frühen Ursprungs sein, im Vergleich zu denen über die *actio doli* aufgeführten. Dass dem nicht so ist, soll jetzt gezeigt werden.

§. 40.

Die Hauptbeweisstelle für die *in integr. rest. propter dolum* ist unseres Erachtens

L. 33 D. de re iudic. (42, 1):

Divus Hadrianus aditus per libellum a Julio Tarentino, et indicante eo falsis testimoniis, conspiratione adversariorum testibus pecunia corruptis, religionem iudicis circumventam esse, in integrum caussam restituendam in haec verba rescripsit: Exemplum libelli dati mihi a Julio Tarentino mitti tibi iussi. Tu, si tibi probaverit, conspiratione adversariorum, et testibus pecunia corruptis oppressum se: et rem severe vindica: et si qua a iudice tam malo exemplo circumscripto iudicata sunt, in integrum restitue.¹⁾

¹⁾ Vgl. Paul. R. S. V 5 A §. 10.

Dieses Rescript Hadrian's gewährte dem, welcher in Folge der Bestechung der Zeugen durch den Gegner den Prozess verloren hat, eine *in integr. rest.* Diese hebt das bisherige Urtheil auf und gibt dem Verurtheilten die Möglichkeit ein neues Urtheil zu erlangen. Der Grund, weshalb hier der Verurtheilte nicht von Neuem klagt, wie L. 25 D. h. t. vorschreibt und dem die *exceptio rei iudicatae* vorschützenden Beklagten nicht die *replicatio doli* entgegensetzt oder mit der *actio doli* gegen ihn klagt, sondern vom Kaiser *in integr. rest.* verstattet erhält, ist wahrscheinlich der, dass die *in integr. rest.* einfacher war, als die ordentlichen Rechtsmittel und vielleicht allgemein, vielleicht auch nur speziell sicherer zum Ziele führte²⁾. Es ist dieses Reskript das älteste Gesetz über die *in integr. rest. propter dolum*, welches wir im *corpus iuris* finden: kein einziges dieselbe anerkennende Gesetz geht über die Zeit Hadrians hinaus. Ob nun diese Verordnung die vielleicht von den Juristen schon längst befürwortete *in integr. rest. propter dolum* eingeführt habe, ist nicht mit Gewissheit festzustellen; jedenfalls aber muss angenommen werden, dass, hätte es zu jener Zeit eine schon in etwa ausgebildete *in integr. rest. propter dolum* gegeben, die Anfrage an den Kaiser überflüssig gewesen wäre und Callistratus dieses Reskript wohl nicht ausführlich behandelt hätte. Zur Zeit der klassischen Juristen kannte man noch keine auf viel älteres Recht sich stützende *in integr. rest. propter dolum*³⁾, indem Ulpianus in L. 38 D. h. t. und Paulus in L. 25 D. eod.⁴⁾ in ähnlichen Fällen die *restitutio* nicht gewähren, sondern entweder die *actio doli* oder die bezügliche Klage von Neuem verstaten, ohne *in integr. rest.* zu ertheilen und gegen den *exc. rei iudicatae* Vorbringenden die *replica doli* geben. Man darf sich nicht darauf berufen, dass L. 38 D. h. t. eine Restitution wegen *dolus* anerkannt sei⁵⁾;

²⁾ Hierhin möchten auch gehören die auf Grund einer gegen den Richter und *patronus causae* gerichteten Criminalklage gewährte Prozessrestitution in L. 7 C. quando pror. (7, 64) und L. 1 C. de advoc. div. iud. (2, 7).

³⁾ Dem steht nicht entgegen L. 1 D. de in integr. rest. und Paul. R. S. I, 7 §. 2.

⁴⁾ Ueber diese Stelle vgl. noch Schneider S. 366 ff.

⁵⁾ Schröter S. 125.

denn diese ist eine *in integr. rest. propter minorem aetatem*⁶⁾, die dem Grossjährigen versagt bleibt und an deren Stelle für Letzteren die *actio doli* resp. das L. 25 erwähnte Rechtsmittel trat. Würde man diese Behauptung aufstellen, so müsste man einen andern Grund nachweisen, weshalb die Restitution in L. 38 den Grossjährigen nicht gegeben würde — und dieser Beweis ist wohl nicht zu liefern⁷⁾.

Die an zweiter Stelle von Schröter S. 126 zum Beweise der Behauptung, dass die *in integr. rest. propter dolum* zur Zeit Hadrian's aufgekommen sei, angeführte L. 18 D. de interrog. in iure (II, 1) scheint von ihm nicht in gebührender Weise ins Auge gefasst worden zu sein; denn wir haben es dort mit einer schon Proculus bekannten *in integr. rest.* zu thun, welche als *restitutio propter errorem* aufzufassen⁸⁾.

Nichtsdestoweniger ist doch Schröters Ansicht betreffs des Alters dieser Restitution nicht ohne Grund: dies zeigt L. 7 §. 1 D. de in integr. rest.

Nec intra has solum species consistet hujus generis auxilium: etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenierit, succurri oportebit: cum etiam de dolo malo actio competere soleat: & boni Praetoris est potius restituere litem: ut & ratio & aequitas postulabit, quam actionem famosam constituere; ad quam tunc demum descendendum est, cum remedio locus esse non potest.

Man hat bei dieser Stelle an eine *restitutio* aus irgend einer andern *caussa* als an die *propter dolum* gedacht⁹⁾. Dies halten wir für unrichtig; denn aus dem Vergleiche der *in integr. rest.* mit einer *actio famosa* geht hervor, dass eine *in integr. rest. propter dolum* angenommen werden muss. Der Verfasser dieser Stelle, Marcellus, lebte nach Hadrian zur Zeit des Kaisers Marcus Aurelius, und dieses Faktum unterstützt die Behauptung Schröter's S. 126, dass sich die *in integr. rest.* nicht über die Zeiten Hadrian's hinausführen liesse.

⁶⁾ Vgl. noch Paul. R. S. I, 9 §. 8.

⁷⁾ Savigny S. 125 gesteht, einen bestimmten Grund hierfür nicht angeben zu können.

⁸⁾ Vgl. unten §. 44.

⁹⁾ Vgl. Burchardi S. 377 ff.

Betrachten wir nunmehr

L. 1 §. 6 D. h. t.

Idem Pomponius refert, Labeonem existimare, etiam si quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere: & si alia actio tempore finita sit, hanc competere non debere; sibi imputaturo eo, qui agere supersedit: nisi in hoc quoque dolus malus admissus sit, ut tempus exiret.

Diese Stelle ist durchaus nicht mit Bestimmtheit von einer Gegenüberstellung der *in integrum restitutio* und der *actio doli* zu verstehen. Es heisst ganz allgemein, dass nach Labeo's Ansicht die *actio doli* nicht gegeben werden dürfe, *etiam si quis in integrum restitui possit*, was sich leichter von einer Restitution wegen Minderjährigkeit, Abwesenheit, Zwangs verstehen lässt, als von einer Restitution wegen *dolus*¹⁰⁾, da in unseren Quellen keine einzige Stelle aus der Zeit Labeo's existirt, welche ausgesprochener Massen die *in integr. rest. propter dolum* anerkennt. Für diese Ansicht spricht die Allgemeinheit dieser Worte ganz bestimmt. Wahrscheinlich verdankt die Bezugnahme dieser Ansicht Labeo's auf die *in integr. rest. propter dolum* ihren Ursprung Pomponius, welcher dieselbe aus der Lehre über einen anderen Restitutionsgrund herausnahm und auf die *in integr. rest. propter dolum* anwendete.

Endlich enthält die L. 7 pr. D. h. t. aufgeführte Ansicht Julian's keine *restitutio ex hac causa*, sie spricht gar nicht von einer *in integr. rest. propter dolum*, welche in diesem Falle durch die *actio doli* verdrängt würde, sondern von einer *in integr. rest. propter minorem aetatem*, welche aber nicht ausreicht, da *adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere*.

Diese Stelle hat eine gewisse Aehnlichkeit mit L. 38 D. h. t., wo in dem Falle, dass der Schuldner den Gläubiger durch einen erdichteten Brief zur Acceptilation bewogen hat, diesem, wenn er *maior* ist, die Restitution versagt wird, und

¹⁰⁾ Brinz S. 125 behauptet ausserdem noch mit vollem Recht, dass die Worte *etiam si quis* etc. ein sicheres Zeugniss enthalten, „dass wegen *dolus* entweder ursprünglich oder regelmässig nicht restituirt, sondern wofern ausserordentliche Hülfe nothwendig schien, *de dolo* geklagt wurde“.

nur, wenn er noch *minor* ist, dieselbe gewährt erhält. In L. 7 pr. cit. erhält der *minor* auch nicht einmal Restitution — deren Versagung für den *maior* klar ist —, wenn er durch seinen Sklaven getäuscht, ihn mit dem Peculium veräussert, der Käufer ihn aber freigelassen hat, einfach aus dem Grunde, weil *adversus manumissum* keine Restitution gegeben wird¹¹⁾.

Fassen wir das Resultat der bisherigen Darstellung zusammen, so kommen wir zu dem Schlusse, dass vor Hadrian keine *in integr. rest. propter dolum* mit Sicherheit anzunehmen, im Gegentheil es sehr wahrscheinlich ist, dass diese Restitution ihren Ursprung zu Zeiten Hadrian's genommen hat. Da aber die *actio doli* Cicero schon bekannt war und die Stellen in lit. 3 lib. IV., welche anerkanntermassen von der *actio doli* handeln, aus älteren Juristen entnommen sind, als die über die *in integr. rest.*¹²⁾, so fällt die Behauptung Savigny's, dass die *in integr. rest.* von ersterer verdrängt worden sei, zusammen, und es muss anerkannt werden, dass es Fälle im Römischen Rechte gegeben hat, wo eine *in integr. rest. propter dolum* der vorhandenen *actio doli* gegenüber als zweckmässiger erschien und demgemäss eingeführt wurde. Es bedarf also keiner weiteren Widerlegung der §. 39 Note 2 und 3 genannten Ansichten; die Existenz der *in integr. rest.* ist bezeugt, falls wir alle übrigen insgemein für dieselbe zum Beweise aufgeführten Stellen als mit Nothwendigkeit die Ueberzeugung ihrer Existenz nicht hervorrufend ausschliessen, jedenfalls durch L. 33 D. de re iud. und L. 7 §. 1 D. de in integr. rest. — ausserdem noch, wie gleich zu zeigen, durch Stellen des Codex. — Ebenso ist die Ansicht falsch, dass die *actio doli* eben die *in integr. rest. propter dolum* sei; sie ist schon in Folge ihrer Infamirung von derselben streng geschieden, und wenn auch faktisch das Resultat beider in der Restitution der durch Betrug entzogenen Sache¹³⁾, ähnlich wie bei der *actio q. m. c.*, besteht, so finden wir doch nicht bei ihr wie bei letzterer die Bezeichnung als *in inte-*

¹¹⁾ Vgl. L. 9 §. 6 D. de min. und die Ausnahme von diesem Grundsatz in L. 10 eod.

¹²⁾ L. 7 §. 3 §. 6 §. 7 L. 9 §. 3 L. 11 §. 1 L. 13 §. 1 D. h. t.

¹³⁾ L. 17. 18 pr. §. 4 D. h. t.

grum restitutio. Man kann auch nicht zum Beweise der Nichtexistenz der *in integr. rest. propt. dol.* den tit. 21 lib. 2 Cod. aufführen, in welchem von der *in integr. rest. propter dolum* ganz und gar nicht gehandelt wird; denn da ihre Existenz aus den beiden oben angeführten *leges* feststeht, so folgt aus tit. 21 Cod. II. in Verbindung mit tit. 3 Dig. IV. nicht mehr, als dass die *in integr. rest. propter dolum* eine beschränkte Anwendung gefunden hat. Dies ist auch sehr leicht erklärlich. Die *actio doli*, zu deren Ersetzung und Aushülfe die Restitution wegen *dolus* eingeführt worden, genoss schon eines durchaus nicht häufigen Gebrauchs, indem in *contractibus bonae fidei* die Kontraktsklagen, wenigstens ursprünglich, dann aber die *actio* und *exceptio q. m. c.*, die *exc. doli*, die *in integr. rest. propter metum, minorem aetatem* und die *propter absentiam* ihre Zulässigkeit auf ein kleines Gebiet einschränkten.

§. 41.

Während wir nach Digestenrecht eine *restitutio propt. dolum* nur nach L. 7 §. 1 D. de in integr. rest. und L. 33 D. de re iudicata und zwar für den Process anzunehmen berechtigt sind, zeigt uns der Codex eine Ausdehnung dieses Rechtsmittels, der Art, dass der Grundsatz in L. 16 §. 3 D. de min:

„*Et generaliter probandum est, ubi contractus non valet, pro certo praetorem se non debere interponere*“

verlassen erscheint. Das Aufgeben dieses Grundsatzes geschah erst durch die Kaisergesetzgebung, indem sie

in L. 3 C. quib. ex. causs. (2, 54) und

L. 10 C. de rescind. vendit. (4, 44)

die *in integrum restitutio* auch für *contractus bonae fidei* zuliess.

Durch dieses Verlassen eines in den Digesten festgehaltenen und für die *in integr. rest.* streng nothwendigen Principes zeigt sich so ganz klar, dass, wie im Processrechte und Erbrechte, die Kaisergesetzgebung von den früheren Grundsätzen abging und zwar zweifelsohne nicht immer mit genügendem Grunde. In Folge dessen ist denn auch der Gedanke einer „groben, legislatorischen Inkonsequenz“¹⁾ nicht immer

¹⁾ Ruhstrat a. a. O. S. 266.

von der Hand zu weisen. Da man aber sich nicht bequemen konnte, dieses Aufgeben eines nothwendigen Grundsatzes anzunehmen, so kam man dazu, eine *in integr. rest.* bei *contractus bonae fidei* zu leugnen²⁾.

Jedoch haben Einige mit Anerkennung dieses Widerspruchs den betreffenden Stellen Gerechtigkeit widerfahren lassen und eine *in integr. rest.* in diesen Fällen anerkannt³⁾.

Gegen die Annahme einer *in integr. rest.* wegen *bonae fidei obligationes* ist nun vornehmlich Ruhstrat's Abhandlung gerichtet. Untersuchen wir deshalb dessen Behauptungen. Er behauptet⁴⁾, dass es jedenfalls sehr bedenklich sei, in den kaiserlichen „Reskripten andere Rechtssätze auffinden zu wollen, als diejenigen, welche vor Erlassung derselben Geltung gehabt haben“. Dies mag in vielen Fällen richtig sein, aber es ist bekannt, dass durch die Kaiser vielfach das bisherige Recht verändert worden ist, zumal durch Reskripte, die, wenn sie auch ursprünglich nur für einen Einzelfall erlassen waren, durch ihre Aufnahme ins *corpus iuris* diesen singulären Charakter verloren haben. Ruhstrat hat betreffs dieser Reskripte, wenn er die Zeit vor der Kompilation gemeint hätte, vollständig Recht. Aber die That- sache der Kompilation hat die Sache geändert; mag man für die vorhergegangene Zeit die Ansicht Ruhstrat's als richtig erachten, durch die Aufnahme dieser Stellen haben die Kompilatoren deren allgemeine Anwendung dokumentirt.

Allerdings hat Ruhstrat Recht, wenn er z. B.

L. 3 C. comm. utriusq. iud. (3, 38),

die ebenfalls von einer *in integr. rest.* verstanden wurde, als von einer *actio praescriptis verbis* handelnd auffasst, wenn er gegen Vangerow, welcher in

L. 5. C. de rescind. vend. (4, 44)

eine *restitutio* bei *bonae fidei obligationes* findet, rücksichtlich dieser Stelle eine einfache Verweisung auf die *bonae*

²⁾ Schneider S. 240, Savigny S. 106, Böcking, Institut. §. 132 N. 32, Windscheid §. 115 N. 1 und vorzugsweise Ruhstrat S. 260 ff.

³⁾ Burchardi S. 381, Schröter S. 128. Vangerow §. 178 Anm. 1⁴⁾, Brinz S. 125.

⁴⁾ S. 267.

fidei actiones behauptet und die übrigen von Burchardi als für seine Auffassung vorzugsweise sprechenden Stellen in ähnlicher Weise interpretirt, Unrecht aber hinsichtlich der an der Spitze dieses Paragraphen stehenden Stellen.

L. 3 C. ex quib. causis. (2, 54):

In contractibus, qui bonae fidei sunt, etiam maioribus officio iudicis causa cognita publica iura subveniunt.

Bedenken wir hierbei, dass dieses Reskript in einem Titel steht, welcher gemäss der Ueberschrift von der *in integr. rest.* handelt, so spricht die Vermuthung für eine solche. Dieselbe wird unterstützt durch die Worte „*etiam maioribus*“, die zweifelsohne einen Gegensatz zu den *minores* enthalten, dann durch die Worte „*publica iura*“, die als Ausfluss des prätorischen *imperium* zu fassen sind und endlich durch die bei dem in diesser Stelle gedachten Rechtsmittel vorausgesetzte *causae cognitio*. Freilich könnten dieselben an und für sich auch auf eine *actio de dolo* hinweisen, die demnach noch neben den Kontraktsklagen für gleiche Verhältnisse existiren müsse. Hiefür aber haben wir in den Quellen keinen Beweis. Kurz, die Stellung dieser lex in tit. 54 lib. II Cod., ihre ganze Fassung scheint mir auf eine *in integr. rest.* hinzuweisen. Diese kann keine andere sein, als wegen *dolus* oder *metus*. Wegen *metus* wäre die Sache einfach, trotzdem ist *dolus* anzunehmen, wie bei der Betrachtung der zweiten hierhin gehörigen Stelle sich zeigen wird. Bedenken gegen die Annahme einer Restitution könnten nur die Worte „*officio iudicis*“ bereiten. Versteht man unter *iudex* den Prätor, was, wenn man den Hauptton auf „*publica iura*“ und „*causa cognita*“ legt, wohl ziemlich angenommen werden muss, so ist die Sache klar. Aber auch, wenn man unter demselben an den *iudex a Praetore datus* denkt, so ist es noch immer möglich eine *in integr. rest.* aufrecht zu erhalten, indem wir eine Rescission des Geschäfts durch den Prätor und auf Grund der wiedergewährten Rechtsmittel eine durch den Richter herbeigeführte faktische Wiederherstellung als Resultat der prätorischen behaupten.

Wenn Ruhstrat behauptet, „dass die fragliche Restitution durch diese Stelle nicht eingeführt worden ist, indem

dieselbe offenbar auf bereits feststehende Rechtsprinzipien hinweist“, so fragen wir, bei gleichzeitiger Anerkennung der Wahrheit dieses Satzes, ob es denn unmöglich ist, dass eine *in integr. rest.* für diesen Fall durch die frühere Gesetzgebung oder durch Gewohnheitsrecht eingeführt worden, das betreffende Gesetz im *corpus iuris* aber nicht vorhanden ist? Es ist uns wenigstens gleichgültig, ob diese Restitution durch ein früheres Gesetz eingeführt worden ist oder nicht, und wir vermögen nicht die Richtigkeit der Ruhstrat'schen Behauptung, dass „diese Stelle wenig beweisen könne, da sie aus dem ersten Jahre der Diokletian'schen Regierung herrührt, folglich ohne Zweifel älter sei als die übrigen gegnerischen Beweisstellen“ einzusehen. Wir erachten es ferner für übertrieben, wenn Ruhstrat zum Nachweise einer *in integr. rest.* in diesem Gesetz den Beweis geliefert wissen will, dass diese Restitution „zur Zeit der Erlassung dieses Reskripts schon existirt habe“. Eine derartige Argumentation halte ich, zumal bei Codexstellen, für gänzlich verfehlt. Rücksichtlich der von ihm angenommenen Bedeutung der Worte „*publica iura*“ ist der mannichfaltige Sinn derselben dem Schriftsteller entgangen. Dass die *in integr. rest.* viel eher *publicum ius* genannt werden dürfte „als alle sonstigen Civilrechtsmittel“, das möchte keines Beweises bedürfen. Die von Ruhstrat angezogene Basilikenstelle ist nicht im Stande unsere Behauptung zu widerlegen.

Denn 1) haben nicht die Basiliken den hohen Werth, der ihnen vielfach beigelegt wird,

2) wäre es doch sicher zu viel gewagt, aus einem Gesetzbuche, das ein bestimmtes Rechtsmittel nicht kennt, einen Schluss für ein Gesetzeswerk, das drei Jahrhunderte früher entstanden ist, zu ziehen. Mag die Restitution im Laufe der Zeit von einem byzantinischen Kaiser wieder abgeschafft worden sein, mögen die Redaktoren der Basiliken diesen Widerspruch zwischen dem Rechte der Digesten und dem des Codex erkannt und die Auffassung der letztern Stelle aufgegeben haben, beides ist sehr wohl möglich, beides kümmert uns aber recht wenig. Wir haben das *corpus iuris civilis* in dem Sinne zu interpretiren, in dem es geschrieben und die Basiliken dürfen erst da eine Umgestaltung der durch das *corpus iuris* gegebenen Auffassung herbeiführen,

wo eine Erklärung derselben ohne Zuhilfenahme der Basiliken unmöglich ist; sonst darf ihnen nur ein sehr sekundärer Einfluss auf die Erklärung des *corpus iuris* eingeräumt werden. Welchen Charakter die auf Justinian folgende Gesetzgebung hatte, darüber sind wir noch sehr im Dunkeln, das *corpus iuris* bildete natürlich die Grundlage derselben: man wird aber Widersprüche in demselben entdeckt haben, und sehr nahe liegt der Gedanke, dass die Intermediär-gesetzgebung dieselben zu entfernen gesucht hat. — Kurz, in L. 3 C. cit. haben der Kaiser und die Kompilatoren an nichts Anderes als an die *in integrum restitutio* gedacht, und wir müssen darauf verzichten, in geschraubter Weise dieselbe interpretiren zu wollen.

Sollte aber doch noch ein Zweifel darüber existiren, dass in dieser Stelle eine *in integr. rest.* anzunehmen sei, so verweisen wir ebenfalls gegen Ruhstrat auf

Consult. Vet. ICTi 2, 2:

Aproniae Mammae. Si divisio inter te et sororem tuam non bona fide facta est, etiam citra principalis restitutionis auxilium, quod etiam maioribus tribui solet, ad aequitatis temperamentum reformari potest.

Es ist hier von einem Rechtsmittel die Rede, wodurch eine dolose Theilung rescindirt werden soll, die dolose Theilung *ad aequitatis temperamentum reformari potest*, nemlich durch eine *praescriptis verbis actio*, d. h. der Richter hat auf das *ius aequum* Rücksicht zu nehmen und demnach die geschehene Theilung zu berichtigen. Dieses Rechtsmittel kann beansprucht werden (*potest*). Daneben gibt es noch ein zweites, das *principalis* oder (vielleicht mit einigen Handschriften besser) *principale*⁵⁾ *restitutionis auxilium, quod etiam maioribus tribui solet.*

Aus diesen Worten erhellt, dass wir es mit einem Rechtsmittel zu thun haben, welches im Allgemeinen nur den Minderjährigen, aber auch den Grossjährigen gewährt zu werden pflegt. Nehmen wir an, die *Apronia*

⁵⁾ Wenn Ruhstrat gegen Burchardi in so kategorischer Weise unter Beschuldigung der Verdrehung der Worte diese Leseart verwirft, so hat er damit Unrecht. Diese Lesart kommt auch vor, und ich verweise der Kürze wegen auf die Ausgabe der *Consultatio* im *corpus iuris Anteiustiniani* S. 395 N. 26.

Mamma sei minderjährig gewesen, so wird wohl kein Mensch bezweifeln, dass sie um *in integrum restitutio* bitten konnte. Und dieses selbe Rechtsmittel wird auch Grossjährigen verstattet. Auf eine andere Weise lässt sich diese Stelle geradezu nicht erklären und da nun einmal der Kaiser von zwei möglichen Rechtsmitteln spricht, so können diese nur eine *actio praescriptis verbis* und die *in integr. rest.* sein.

Demnach ist auch in diesem Falle die Ansicht Ruhstrat's nicht zu billigen. — Wir gehen zur zweiten von Schneider und Ruhstrat angefochtenen Codexstelle über.

L. 10 C. de rescind. vend. (4, 44):

Dolus emptoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur. Quem si fuerit intercessisse probatum: non adversus eum, in quem emptor dominium transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum, cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit.

Savigny⁶⁾ versteht die Worte „*in integrum restitutio*“ von der Contraktsklage, der *actio venditi*. Nach ihm ist die Sache sehr einfach und der Ausdruck „*in integrum restitutio*“ ungenau gebraucht. So einfach ist jedoch die Sache nicht, was schon daraus hervorgeht, dass Schneider und Ruhstrat es für nöthig erachten, die Stelle einer genauern Betrachtung zu unterwerfen. Vorzugsweise macht sich Schneider die schwere Arbeit, hier nachzuweisen, dass von der Wiedereinsetzung nicht gesprochen werden dürfe.

Die Wahrheit des ersten Satzes: „*Dolus emptoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur*“ leuchtet ein. Nicht die zu geringe Preiszahlung begründet den *dolus*, sondern es kommt auf die Beschaffenheit der Thatumstände an, ob *dolus* anzunehmen oder nicht. Die Uebervortheilung durch den hohen Preis begründet im Allgemeinen kein Klagerecht⁷⁾ und nur in gewissen Fällen ist dieselbe Grund zur Anstellung von Klagen, z. B. bei der *laesio ultra dimidium* oder dem ädilicischen Edikt. Hingegen soll die *qualitas facti* ein Grund sein zur Auflösung eines Rechtsge-

⁶⁾ S. 106.

⁷⁾ L. 16 §. 4 D. de min.:

Idem Pomponius ait, in pretio emptionis et venditionis naturaliter licet contrahentibus se circumvenire.

schäfts. Darunter sind zu verstehen die Thatumstände, die von einem der Kontrahenten in böswilliger Absicht entweder anders dargestellt worden sind, als sie in Wirklichkeit waren oder deren Mittheilung nothwendig war, aber von ihm verschwiegen wurde. Diese Art des *dolus* begründet eine *in integrum restitutio*, aber gegen wen? Mag man die Stelle betrachten wie man will, jedenfalls ist die Sprache eine ungewöhnliche. Es fragt sich, was Subjekt des Satzes: „*sed contra illum, cum quo contraxerat*“ sei: ist dies der *emptor* oder der *venditor*? Sprachlich kann es eigentlich nur der *emptor* sein und der „*ille*“ ist „*is, in quem emptor dominium transtulit*“. Nehmen wir dies auf einen Augenblick an, so kommen wir zu dem Resultate, dass der Verkäufer gegen den nunmehrigen Besitzer der verkauften Sache nicht die *rei vindicatio* habe, sondern die *in integr. rest.* Welche Klage soll ihm aber auf Grund der ertheilten *in integrum restitutio* gegen den nunmehrigen Besitzer gewährt werden? Offenbar könnte ihm keine andere Klage gegeben werden, als eben die *rei vindicatio*, wenn auch als *utilis*. Wir kämen auf diesem Wege also zu folgendem eklatanten Widerspruche: „In diesem Falle steht dem *venditor* gegen den jetzigen Besitzer (*in quem emptor dominium transtulit*) nicht die *rei vindicatio* zu, sondern auf Grund der *in integrum restitutio* die *rei vindicatio* als *utilis*“.

Also ist diese Auffassung zu verwerfen. Folglich kann nicht „*emptor*“ Subjekt des Satzes „*cum quo contraxerat*“ sein, sondern „*venditor*“⁸⁾. Demnach heisst es, dass gegen den jetzigen Besitzer der *venditor* nicht die *rei vindicatio* anstellen könne, sondern ihm gegen den *emptor* (zweiten Besitzer) *in integr. rest.* ertheilt werde. Welche Klage gewährt nun der Prätor dem *venditor* durch die Ertheilung der *in integrum restitutio*? Natürlich keine andere als die Klage, die er ihm gegen den nunmehrigen Besitzer versagt hat, nämlich die *rei vindicatio*. Der Prätor erlaubt dem Betrogenen seine Sache mit der *rei vindicatio* zurückzuverlangen, resp., da dieselbe nunmehr im Besitze des Dritten ist, Ersatz des Werthes. Warum hier der *venditor* nicht sein Recht mit der *actio venditi* geltend machte, das ist uns un-

⁸⁾ So auch Schneider a. a. O.

bekannt, und es würde zu Nichts führen, sich hier Vermuthungen hinzugeben. Vielleicht war die *rei vindicatio* gerade in dem dem Kaiser vorgelegten Falle für den *vendor* vortheilhafter, was möglicherweise vorkommen kann, aber nicht hierhin gehört. An ein schnelleres Verfahren im Allgemeinen bei der *in integr. rest.* zu denken, erscheint mir unmöglich, und hierin pflichte ich Ruhstrat bei.

Gegen die Schneider'sche Auffassung dieser Stelle als von der *actio venditi* handelnd, ist Folgendes zu erinnern:

1) Nehmen wir den Ausdruck „*in integrum restitutio*“ als *actio venditi*, so war dieses Reskript überflüssig, und würden die Kaiser Diokletian und Maximinian nicht veranlasst gewesen sein, dieses Reskript zu erlassen.

2) Sie würden aber auch das betreffende Klagemittel mit dem eigentlichen Namen genannt haben: *actio venditi*.

3) Fehlt bei Schneider und nach ihm bei Ruhstrat der nothwendig zu erbringende Beweis, dass die Bezeichnung als *in integrum restitutio* auch von den Contraktsklagen verstanden werden könne. Rücksichtlich der von Ruhstrat angeführten

L. 23 §. 7 L. 60 D. de aed. edict. (21, 1)
verweisen wir auf §. 5 dieser Abhandlung.

4) Die Behauptung Schneider's „dass das *in integrum* zu dem Worte *restitutio* nur in einem quantitativen Verhältnisse stehe, also nur so viel als auf das Ganze oder ganz vollständig heisse“, ist schon oben berührt worden.

5) Die Gegenüberstellung des dem *vendor* gegen den neuen Besitzer der Sache nicht gewährten Rechtsmittels mit dem gegen den zweiten Besitzer ertheilten selben Rechtsmittel nöthigt uns eine Restitution anzunehmen.

Fassen wir das Resultat dieser ganzen Betrachtung zusammen, so müssen wir eine *in integr. rest. propt. dolum* bei *bonae fidei obligationes* annehmen, und es schwindet jeder Zweifel, dass L. 3 C. cit. eine *in integr. rest. propt. met.* enthalte. Mit welchem Recht diese Ausdehnung von den Kaisern gemacht worden ist, vermögen wir nicht einzusehen, jedenfalls aber erscheint dieselbe nicht als Ausfluss grosser

legislatorischer Fähigkeiten. — Hätte die *in integr. rest. propter dolum* vor der *actio doli* existirt und wäre von dieser verdrängt worden, so wäre die Ausdehnung ersterer auf *contractus bonae fidei* undenkbar, man müsste sich wundern und würde es unbegreiflich finden, dass die Kaiser ein schon längst veraltetes ausserordentliches durch ordentliche Rechtsmittel ausser Gebrauch gesetztes Institut wieder hervorgesucht und demselben neue ausgedehntere Geltung verschafft hätten.

Demnach finden sich in den Digesten nur zwei Stellen, von denen wir mit Sicherheit annehmen dürfen, dass sie eine *in integr. rest. propt. dolum* dardhunen, nemlich L. 7 §. 1 D. de in integr. rest. und L. 33 D. de re iud. Dies sind beide Fälle einer prozessualischen Restitution. Das wichtigste Rechtsmittel wegen *dolus* ist demgemäss, sofern keine andern Platz greifen, wie z. B. die Contraktsklagen oder andere Restitutionen, noch immer die *actio doli*. In Folge dieses Umstandes hat denn auch Windscheid §. 118 N. 6 vollständig Recht, wenn er die Behauptung aufstellt, dass alle Stellen, welche die *actio doli* für zulässig erklären, ein indirektes Zeugniss gegen die Wiedereinsetzung enthielten. Diese Ansicht wird unterstützt dadurch, dass der L. 7 §. 1 D. de in integr. rest. ausgesprochene Grundsatz nicht durchgedrungen ist: wäre er durchgedrungen, so müsste die *actio doli* zu existiren fast aufgehört haben. Es hat also die *in integr. rest. propter dolum* eine geringe Anwendung gefunden, und daraus erklärt es sich vielleicht, warum Paulus dieselbe nicht in ähnlicher Weise wie die übrigen Restitutionen behandelt hat.

Nach den Digesten sind wir nicht berechtigt, die *in integr. rest. propter dolum* auf Fälle des materiellen Rechts auszudehnen; erst die L. 3 C. quib. ex caus. (2, 54) und L. 10 C. de rescind. vend. (4, 44) nehmen, die alten Grenzen der *in integrum restitutio* auch nach einer andern Seite hin überschreitend, eine solche auch für das materielle Recht an.

4) Restitutio propter errorem.

§. 42.

Der *iustus error*, d. h. der entschuldbare Irrthum, wird als Restitutionsgrund bei Paul. R. S. I., 7 §. 2 und hieraus in L. 2 D. de in integr. rest. aufgeführt, nicht aber wie die andern Restitutionsgründe in einem der folgenden Titel weiter behandelt. Ueberhaupt entdecken wir in den Digesten keine allgemeine Restitution wegen Irrthums; höchstens werden specielle Fälle des Irrthums dargestellt, bei denen die *in integr. rest.* Platz greife. Der Grund hiervon liegt darin, dass der *error* im Römischen Rechte auf die verschiedenste Weise schon berücksichtigt wird, und demnach das Gebiet der Restitution hier ein ziemlich eng begrenztes sein musste. Diese Beschränkung der Restitution geschah nicht so sehr durch den Grundsatz des Römischen Rechts, dass der faktische Irrthum nicht schade, wohl aber der Rechtsirrtum, als vielmehr durch eine ganze Masse ordentlicher und ausserordentlicher Rechtsmittel, die es mit Abhülfe der durch Irrthum entstandenen Folgen zu thun hatten. Dieser Art waren die *condictio indebiti*, die *aedilitiae actiones*, die *actio* und *exceptio doli*, wenn der Irrthum durch die Gegenpartei betrügerischerweise hervorgerufen war, u. s. w. — Dann aber auch die *restitutio propter minorem aetatem*, indem hier nicht der *error* sondern die *minor aetas* als Quelle der Läsion betrachtet wurde. Dieser Umstand war die Ursache, weshalb über die *in integr. rest. propter errorem* als ausserordentliches Rechtsmittel keine allgemeinen Grundsätze aufgestellt wurden, sie konnte demgemäss nur in den Fällen eintreten, wo ein derartiges Rechtsmittel nicht ausreichte, und da diese Fälle nicht unter einen einheitlichen Gesichtspunkt zu bringen waren, deshalb finden sich in den Quellen nur einzelne Beispiele der Restitution wegen Irrthums vor.

In Folge dessen haben wir denn auch nicht, wie bei den andern Restitutionsgründen ein allgemeines, über den Irrthum lautendes Edikt, höchstens specielle Bestimmungen, und nur

ein ebenfalls für ganz bestimmte Fälle erlassenes Edikt. Dies findet sich Dig. 27, 6. Dasselbe ist aber stark verstümmelt¹⁾ und nur folgende Worte sind aus demselben erkennbar:

L. 1. §. 1.: — *Quod eo auctore, — Qui tutor non fuerit:*

§. 6.: — *Si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem.*

Diese Stellen haben vielfache Auslegung erfahren. Man verband sie mit L. 7 pr., wo nach einem neuern Edikte gegen denjenigen, „*qui dolo malo auctor factus esse dicitur*“, eine Klage auf Schadensersatz gegeben wird, und liess für den Fall, dass man letztere Stelle als Erläuterung der erstern nicht verwenden wollte, erstere durch letztere aufgehoben sein, gegentheiligenfalls verstand man die L. 1 §. 1. 6 von der L. 7 pr. erwähnten *actio in factum*.

Schon Dompierre S. 363 scheidet jedoch das L. 1 citirte Rechtsmittel der *restitutio in integr.* von der L. 7 pr. erwähnten *actio in factum*.

Diese Ansicht ist bis in die neuere Zeit nicht angefochten worden und da gar keine Gegengründe aufzufinden²⁾ sind, schon von vorneherein anzunehmen. Dass beide Rechtsmittel verschieden sind und nicht im Zusammenhange stehen, geht schon aus den citirten Stellen selbst hervor, indem L. 1 von einem *falsus tutor* spricht, ohne Rücksicht darauf, ob derselbe *dolose* oder *bona fide* gehandelt habe, L. 7 pr. aber ausdrücklich ein neueres Edikt citirend von einem *falsus tutor* handelt, welcher *dolo malo* sich als solchen gerirt hatte. Die Erwähnung des *dolus malus* in L. 7 pr. und die strengere Beurtheilung des solchergestalt *falsus tutor* zwingt uns denn das Edikt in L. 1 von einem *tutor* zu verstehen,

¹⁾ L. 1 §. 2 D. h. t.

²⁾ Die von Dompierre a. a. O. als Ansicht Cujaz' widerlegte Behauptung, dass die Restitution mittelst der *actio in factum* erlangt werde, habe ich in der mir zur Hand gewesenen Ausgabe: *Cuiacii observationum et emendationum libri, Colon. Agrippin. 1591* nicht entdecken können: es scheint mir die Auffassung Dompierre's der hierher gehörigen capp. 19. 20 lib. XXII unrichtig zu sein.

welcher *bona fide* seine *auctoritas* interponirt hatte und damit harmonirt die ganze Exposition in L. 1.

Das Verhältniss ist demnach folgendes: Der Prätor gewährt Restitution gegen einen *falsus tutor*, welcher *auctoritas* interponirt hatte, wofern der *actor* nicht wusste, dass der *tutor* der unrichtige gewesen ist. Die Frage hierbei nun ist die: Wem gewährt der Prätor Restitution, demjenigen, der durch die Eingehung einer Verbindlichkeit mit dem Minderjährigen zu Schaden gekommen oder dem Pupillen, und was sind dies für Handlungen, zu denen der *tutor auctoritatem* interponirt hat, und gegen welche Restitution gewährt wird? Dem Pupillen wird gegen den *tutor* keine Restitution gegeben, er hat schon das ordentliche Rechtsmittel der *actio protutela*; dem widerspricht auch die Fassung der Stelle: *si id actor ignoravit, dabo* (nemlich *actori*) *in integrum restitutionem*. Ebensowenig geht die Restitution gegen den *falsus tutor*, denn gegen diesen ist nichts zu restituiren. Demnach haben wir an eine Restitution des *actor* gegen den *pupillus* zu denken.

Wir wissen, dass im Römischen Rechte der *pupillus* unter der *auctoritas tutoris* handelte, d. h. der *tutor* musste zu jeder Handlung des Mündels, damit sie rechtsverbindlich sei, die Worte: „*auctor fio*“ hinzufügen; ohne dieselben konnte der *pupillus* keine Verbindlichkeiten eingehen. Es wird nun freilich selten vorgekommen sein, dass ein *falsus tutor* vom *pupillus* zur *interpositio auctoritatis* herbeigezogen worden ist, da im Allgemeinen der Mündel seinen *tutor* kannte, und der als *tutor* zu einem Geschäft Erbetene wusste, ob er die nöthige Qualifikation zur *auctoritatis interpositio* besass. Nichtsdestoweniger sind solche Fälle denkbar und werden vorgekommen sein³⁾. Hier erklärte das Edikt, Restitution gegen den *tutor* dem *actor* zu gewähren. Schon der Begriff des *actor* muss uns auf eine prozessualische Restitution führen. Dabei müssen wir uns das Verhältniss folgendermassen vorstellen: Es hat Jemand einen Mündel vor Gericht belangt, als *tutor* interponirt *auctoritas* eine Person, welche in Wirklichkeit nicht *tutor* ist, wohl es aber zu sein glaubte. Der Mündel übernimmt *tutore auctore* das *iudicium*, und die

³⁾ Vgl. die L. 1 angeführten Beispiele Ulpian's.

Sache kommt bis zur Litiskontestation. Dadurch wird die der Klage gegen den Mündel zu Grunde liegende *obligatio* konsumirt. Kommt es nun zur Kondemnation des Pupillen, so ergreift das Urtheil denselben nicht, weil der *falsus tutor* eben kein *tutor* war, also auch keine *auctoritas* interponiren konnte, demgemäss die Sache dieselbe ist, als wenn der Kläger gegen einen Unmündigen ohne *tutor* geklagt hätte, d. h. die erfolgte Kondemnation schadet dem Mündel Nichts. Stellt nunmehr der *actor* gegen den *pupillus* nach der Litiskontestation eine neue Klage an, so ist Letzterem die *exceptio rei in iudicium deductae* gegeben, resp. wenn schon ein Urtheil gefällt ist, die *exceptio rei iudicatae*, vermittelt welcher er die erneuerten Ansprüche des Klägers eludirt. Der *actor* hat seine Klage verloren, in Folge der Auctorierung eines *falsus tutor*, und dieser schuldlose Verlust eines Anspruchs erschien dem Prätor unbillig. Daher rescindirte er die Folgen der Litiskontestation und restituirte dem *actor* die untergegangene Klage, und dies ist die *in integr. rest. propter errorem*. Der Kläger, in entschuldbarem Irrthum den *falsus tutor* als *verus* betrachtend, soll dadurch keinen Schaden erleiden, sondern seinen Anspruch wiederhergestellt erhalten. Dies ist der Inhalt des Edikts, wie er von Francke S. 84 ff. und Keller, Litiskontestation und Urtheil S. 573 ff. dargestellt worden ist. Die auf Grund dieser Ediktsstelle gewährte Restitution ist eine ausschliesslich prozessualische und in Folge dessen die Ansicht Burchardi's S. 383 zu weit gehend, wenn er behauptet, das Edikt bezöge sich auf „Rechtsgeschäfte eines Unmündigen, welche unter Auktorität eines sogenannten *falsus tutor* vorgenommen worden sind“⁴⁾. Hätte Burchardi die Darstellung Francke's und Keller's berücksichtigt, so würde er nicht zu diesem Resultate gekommen sein. Ganz richtig sagt Francke, (obschon auch er nicht bestimmt die Anwendung derselben für Rechtsgeschäfte überhaupt ausschliesst), dass diese *restitutio* bei Verträgen, die der Mündel *falso tutore auctore* einging, unnütz gewesen sei; ausserdem

⁴⁾ Vgl. Francke S. 88. Steinberger S. 353 denkt ebenfalls an eine Erweiterung des Edikts auch auf Rechtsgeschäfte, unterlässt aber hierfür einen Beweis beizubringen.

widerspricht die Ansicht Burchardi's der Ediktsstelle. — Nichtsdestoweniger erklärt Keller, Pandekten §. 107 diese Restitution als gegen jedes Rechtsgeschäft, welches Jemand mit einem Pupillen unter der Auktoritas eines *falsus tutor* eingegangen ist, gerichtet, und widerspricht in dieser Weise seiner früher ausgesprochenen Behauptung. Hätten Francke und Keller auch nicht auf's Klarste die Unrichtigkeit dieser Ansicht dargestellt, so müsste uns schon der Umstand von einer derartigen Annahme abhalten, dass unsere Quellen ausdrücklich auf nur prozessualische Handlungen Rücksicht nehmen, von Rechtsgeschäften überhaupt aber bei diesem Edikt nicht sprechen. Dies geschieht erst in dem L. 7 pr. h. t. erwähnten neuern Edikt, wo gegen den *cum dolo auctoritas* interponirenden *tutor* eine *actio in factum* auf Schadensersatz gewährt wird.

Man hat behauptet, dass diese Restitution für das Justinianische Recht unpraktisch geworden und deshalb in den Quellen aufgeführt worden sei, weil der zweite Theil des Edikts in L. 7 D. h. t. noch in Geltung gewesen, gleichsam als historische Notiz⁵⁾. Dies ist vollständig richtig. Wir wissen, dass mit dem Untergange des *ordo iudiciorum* sich das Wesen der Litiskontestation umgestaltete, dass die frühere die Klage konsumirende Wirkung derselben fast aufhörte: man gab den Begriff der *litis contestatio* als *novatio necessaria*, ihre Vertragsnatur, auf. Durch die Beseitigung der Prozesskonsumption in Folge der Litiskontestation war nun auch die Restitution gegen diese Konsumption überflüssig geworden und ihre Aufführung im *corpus iuris* ein Redaktionsfehler⁶⁾.

§. 43.

Wenn nun aber auch das Edikt über den *error* im Römischen Rechte der späteren Zeit unpraktisch geworden, so ist damit doch noch nicht die Zulässigkeit einer Restitution wegen Irrthums ausgeschlossen. Es gibt noch eine ziemliche Anzahl von Stellen im *corpus iuris*, welche nicht anders als

⁵⁾ Schröter S. 115, Steinberger S. 353, Vangerow §. 186.

⁶⁾ Rudorff, Röm. Rechtsgesch. II. §. 79 Anm. 9.

durch die Annahme einer *rest. propt. errorem* verstanden werden können. Dahin gehört auch die ebenfalls antiquirte Stelle in

§. 33 I. de act. (4, 6):

Si quis agens, (in) intentione sua plus complexus fuerit quam ad eum pertineat, a causa cadebat, id est, rem amittebat: nec facile in integrum restituebatur a Praetore, nisi minor erat viginti quinque annis. Huic enim sicut in aliis causis causa cognita succurrebatur, si lapsus iuventute fuerat: ita et in hac causa succurri solitum erat. Sane si tam magna causa iusti erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam maiori XXV annis succurrebatur: veluti si quis totum legatum petierit, post deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta sit, aut quibusdam aliis legata data sint, quae efficiebant, ut plus petiisse videretur petitor, quam dodrantem, atque ideo Lege Falcidia legata minuebantur.

Die *plus petitio* hatte bekanntlich in Folge der Klagenkonsumption durch die Litiskontestation im ältern Rechte den vollständigen Verlust des Anspruchs zur Folge¹⁾: gegen diese Wirkung ertheilte der Prätor, wenn die *plus petitio* durch *iustus error*²⁾ hervorgerufen war, Restitution, so dass der Kläger seine Forderung im wirklichen Umfange von Neuem geltend machen konnte. Also auch hier wiederum eine Restitution gegen prozessualische Verluste. Schon früh muss sich das Bedürfniss nach dieser Restitution gezeigt haben; im spätern Rechte erscheint sie aber als nicht mehr nöthig, indem Zeno gemäss §. 10 I. de exc. (4, 13) in L. 1 C. de plus pet. (3, 10) die frühern nachtheiligen Folgen des Klageverlustes aufhob und gegen die dolose *plus petitio* Vermögensstrafen anordnete. Denselben Gedanken halten fest die Konstitutionen Justinian's in L. 2. 3 C. eod. Deshalb ist die Ansicht Steinberger's S. 354, dass eine derartige Restitution noch gegen *plus petitio temporis* zulässig wäre, unrichtig.

¹⁾ Gaius IV, 53 und 57.

²⁾ Aeltere Schriftsteller dachten bei dieser Stelle an eine *in integrum restitutio ex generali clausula*. Noodt, comment. in lib. XXVII Digestorum S. 106.

Ferner, aus demselben Gesichtspunkte: da eine dilatorische Einrede, nachdem sie einmal *in ius* deducirt war, gerade so behandelt wurde, wie eine peremptorische, so war nach Römischen Rechte durch Abweisung dieser Einrede deren spätere klägerische Geltendmachung unzulässig; es stand ihr immer die *exceptio rei in iudicium deductae* entgegen. Weil diese Konsumption dem Prätor ebenfalls als unbillig erschien, so ertheilte er in L. 2 D. de except. rei iudicatae (44, 2) Restitution des untergegangenen Rechtsmittels³⁾. — Auch diese Restitution ist prozessualischer Natur, ebenfalls aber im spätern Rechte unpraktisch, aus demselben Grunde wie die vorhergegangene.

Burchardi S. 388 nimmt auch eine Restitution wegen Irrthums im Falle der §§. 5. 6 I. de hered. qual. (2, 19) an; allein dies ist unrichtig. Diese Stelle verweist auf verschiedene Kaiserkonstitutionen, hauptsächlich auf eine des Kaisers Justinian, d. i. L. 22 C. de iure delib. (6, 30), wo dieser Kaiser das sog. *beneficium inventarii* ertheilt. Es mag jedoch Burchardi zugegeben werden, dass Gaius II, 163 von einer freilich nicht prozessualischen Restitution für diesen Fall spricht: dies scheint aus der Gegenüberstellung der *minores* und *maiores XXV annis* hervorzugehen; und dass Hadrian auch Letztern in speziellen Fällen Restitution gewährt hat, ist wohl möglich. Jedoch ist diese Richtung der Gesetzgebung von der folgenden Zeit aufgegeben worden und die dort erwähnte Wiedereinsetzung hat dem spätern *beneficium inventarii* Platz gemacht.

Man nahm bis vor Kurzem und theilweise jetzt noch eine *in integr. restitutio propter errorem* aus

L. 21 §. 1 D. de SC. Silan. (29, 5) und

L. 17 D. de his quae ut indignis (34, 9) an.

Die erste Stelle lautet folgendermassen:

Neptis, quae possessionem aviae petierat, mortem eius interfectam sciens, non defenderat: fideicommissum, quod avia ex alio testamento nepti debuit, in restituendis fisco bonis non esse deducendum placuit: dolus enim heredis punitus est. Si autem negligentia mulier

³⁾ Gaius IV, 123.

emolumentum bonorum amiserit, fideicommissum esse retinendum, integrato iure debiti, rationis ist.

Frauen wird nach Römischen Rechte oft der Rechtsirrthum zu Gute gehalten: so auch hier. Es galt die Vorschrift, dass der Erbe eine Untersuchung anstellen solle, falls der Erblasser ermordet worden war; sonst verlor er als *indignus* sein Erbrecht. Diese strenge Rechtsvorschrift wird in unserm Falle den Frauen nachgesehen:

Es hatte eine Enkelin den gewaltsamen Tod ihrer Grossmutter nicht untersuchen lassen; in Folge dessen wurde sie ihrer Ansprüche auf das Vermögen der letzteren verlustig, welches dem *fiscus* anheimfiel. Gleichzeitig erhielt sie aber durch den Tod der Grossmutter ein Fideikommiss; dieses soll sie nun nicht verlieren, da böser Wille bei der Enkelin in ausserachtgelassener Untersuchung nicht existirt. Hat sie aber schon das Erbe der Grossmutter angetreten und dasselbe mit dem Fideikommiss konfundirt, so soll sie die Ansprüche an das Fideikommiss behalten, die an die Erbschaft als Strafe ihrer Nachlässigkeit verlieren. An eine Restitution ist hier nicht zu denken, sondern an eine Milderung des strengen Rechts im singulären Falle zu Gunsten einer Frau. Wir entdecken in dieser Stelle auch Nichts, was auf die *causae cognitio Praetoris*, welche doch zu jeder Restitution verlangt wird, hinweise.

Denselben Gedanken enthält auch die zweite Stelle, für den Fall des faktischen Irrthums:

Heredem, qui sciens defuncti vindictam insuper habuit, fructus omnes restituere cogendum existimavi: nec probe desideraturum, actionem confusam restitui. Deceptum autem ignoratione facti, bonae fidei possessoris defensionem habiturum, ante motam scilicet controversiam, si ratio fructuum subducatur: nec improbe confusam actionem reddi postulaturum.

Wenn ein Erbe die Verfolgung des Mordes des Erblassers unterlassen hatte, so soll er sein Erbrecht und die von der Erbschaft gezogenen Früchte verlieren, ebenfalls sollen ihm die konfundirten Klagen nicht wiedergewährt werden. Ist aber ein faktischer Irrthum auf Seiten des Erben vorhanden, so soll er rücksichtlich der Früchte gerade wie der *bonae fidei possessor* behandelt werden und auch die konfundirte

Klage nicht verlieren. Freilich nach strengem Rechte waren seine Klageansprüche zu Grunde gegangen, allein dieses strenge Recht soll in Folge Irrthums nicht angewendet werden, was der Jurist als eine Wiederherstellung der verlorenen Klagen darstellt. Unseres Erachtens ist der Gedanke der, dass in Folge faktischen Irrthums die strengen Bestimmungen des SC. Sil. nicht vollständig Platz greifen, demgemäss auch etwaige Ansprüche, die eigentlich hätten untergehen müssen, nicht untergehen sollen, was Papinian als eine Wiedergewährung derselben, obschon sie nach milderem Recht nicht verloren gehen konnten, auffasst⁴⁾.

Eben so ist die von Keller, Pandekten §. 107 N. 1 als von einer *rest. propt. errorem* handelnde L. 3 §. 4 D. de alienat. iud. mut. caussa facta (4, 7) nicht von einer solchen zu verstehen. Sie enthält mit keinem Worte eine Andeutung des *error* und ihre Stellung im tit. 7 lib. IV Dig. widerspricht schon vollständig dieser Annahme⁵⁾.

§. 44.

Gehen wir nun zu den im Justinianischen Rechte noch praktischen Gesetzen über, die nach unserer Ansicht eine *restitutio propter errorem* enthalten. Die meisten sind ebenfalls prozessualischen Inhalts, und nur wenige können wir dem Privatrechte zuweisen.

Es sind dies:

1) L. 11 §. 8—10 D. de interrog. in iure (11, 1):

Ex caussa succurri ei, qui interrogatus respondit, non dubitamus: nam et si quis interrogatus, an patri heres

⁴⁾ So auch rücksichtlich L. 17 D. de his etc. Windscheid §. 118 N. 7; dagegen so viel bekannt alle Andern: Burchardi S. 390, Steinberger S. 354, Savigny III S. 428, Brinz S. 124, Vangerow §. 186 Anm. 7 etc. Wir glauben, dass L. 21 §. 1 D. de SC. Sil. denselben Gedanken in anderer Weise formulirt, dass nämlich zuweilen von den strengen Bestimmungen des SC. Sil. abgegangen werden könne, ohne dabei die *in integr. rest.* zu Hülfe zu nehmen.

⁵⁾ Vgl. oben §. 8. — Die in der Schirmer'schen Ausgabe von Unterholzner's Verjährungslehre 2. Bd. §. 155 S. 18 als *rest. propter errorem* resp. *propter dolum* aufgeführte L. 65 §. 2 D. ad SC. Treb. (36, 1) enthält eine solche nicht.

esset, responderit; mox prolato testamento, inventus sit exheredatus: aequissimum est, succurri ei. Et ita Celsus scribit. Hic quidem et alia ratione, quod ea, quae postea emergunt, auxilio indigent. Quid enim, si occultae tabulae et remotae, postea prolatae sunt? cur noceat ei, qui id responderit, quod in praesentiarum videbatur? Idem dico et si, qui heredem se responderit, mox falsum, vel inofficiosum, vel irritum testamentum fuerit pronunciatum: non enim improbe respondit, sed scriptura ductus. §. 9. Qui interrogatus responderit, sic tenetur, quasi ex contractu obligatus, pro quo pulsabitur, dum ab adversario interrogatur. Sed et si a Praetore fuerit interrogatus, nihil facit Praetoris auctoritas: sed ipsius responsum, sive mendacium. §. 10. Qui iusto errore ductus negaverit, se heredem, venia dignus est.

Hier gewährt der Prätor Restitution, wenn aus entschuldbarem Irrthum auf eine *interrogatio in iure* die Eigenschaft als Erbe geleugnet oder behauptet worden war, während das Gegentheil der Fall war¹⁾. Umgekehrt soll aber auch dem Kläger, wenn er in entschuldbarem Irrthum einen Miterben auf das Ganze belangt hatte, dieser aber zahlungsunfähig ist, seine Klage gegen den andern wiederhergestellt werden. Dies ist der Sinn der

2) L. 18 D. eod.:

Qui ex parte dimidia heres erit, cum absentem coheredem suum defendere vellet, ut satisfactionis onus evitare possit, respondit se solum heredem esse et condemnatus est: quaerebat actor, cum ipse solvendo non esset, an, rescisso superiore iudicio, in eum, qui revera heres erat, actio dari deberet? Proculus respondit, rescisso iudicio posse agi. Idque est verum.

Allgemein fasst man diese Stelle von einer *in integr. rest. propter dolum* auf. Hiergegen lässt sich die Einwendung erheben, dass nicht nothwendig bei dem dort erwähnten Verhältniss ein *dolus* des *coheres* vorhanden gewesen sein muss. Es geht wenigstens aus dieser Stelle nicht hervor, dass der *coheres* in doloser Weise die Behauptung seiner

¹⁾ Dass diese Stelle verderbt, sei *per incidens* bemerkt.

alleinigen Erbenqualität aufgestellt habe, um, seiner eigenen Zahlungsunfähigkeit bewusst, die gesamte Forderung des Gegners seinem abwesenden Miterben aufzubürden, im Gegentheil dürfe man aus den Worten „*ut satisfactionis onus evitare possit*“, auf die bloße Absicht des *coheres* schliessen, die *satisfactio*, welche ihm vielleicht unmöglich war, zu vermeiden, und dass er in mangelhafter Kenntniss des Gesetzes und in sicherer Voraussetzung, dass er auch zugleich für den abwesenden Miterben den Prozess gewinnen würde, die Behauptung aufgestellt habe, „*se solum heredem esse*“. An einen *dolus* ist dabei zunächst nicht zu denken, sondern an eine *culpa*.

Eine *in integr. rest.* ist aber in unserer Stelle anerkannt, es fragt sich nur aus welcher *caussa*. Es möchte schwer sein, eine ganz bestimmte Antwort hierauf zu geben. Unseres Erachtens ist eine Restitution wegen Irrthums anzunehmen²⁾. Dieselbe fassen wir dahin auf, dass der Kläger, indem er in gutem Glauben irrthümlicherweise den *coheres praesens* für den alleinigen Erben ansah, nach dessen Verurtheilung und in Folge der Zahlungsunfähigkeit desselben gemäss der Klagenkonsumption auch nicht gegen den andern Erben klagen konnte. Es war ihm also jedes Mittel zur Geltendmachung seines Anspruchs genommen, und deshalb wendet er sich an den Prätor um Hülfe. Dieser gewährt ihm denn nach Aufhebung des ersten Urtheils die nöthige Klage gegen den abwesenden Miterben, mit andern Worten, er restituirt die durch ihre Anstellung untergegangenen Klagen gegen den *coheres absens*.

Man könnte bei dieser Stelle auch an eine Restitution wegen Abwesenheit denken; allein gegen eine solche sprechen folgende Momente: die Abwesenheit des Gegners ist nicht der Grund, weshalb der Kläger seine Ansprüche gegen denselben verloren hat, wäre er auch anwesend gewesen und hätte der Kläger den Einen Miterben als einzigen Erben betrachtet, den andern aber ausser Prozess gelassen, die Sache wäre dieselbe geblieben; in der gleichen Weise hätte der Kläger seine Ansprüche gegen den anwesenden aber

²⁾ So auch Windscheid §. 118 N. 6. Vgl. noch Savigny III S. 385 f. Keller, Litiskontestation S. 577 N. 6 S. 580.

nicht beklagten Miterben verloren, wie in dem Falle, wo dieser abwesend gewesen.

Demnach enthält diese gewöhnlich als von einer *in integr. rest. propter dolum* redend angenommene Stelle nicht mit Nothwendigkeit den Beweis einer solchen, vielmehr ist es sehr wahrscheinlich, dass Proculus, zu dessen Zeit nach obiger Darstellung³⁾ noch keine *in integr. rest. propter dolum* existirte, wenn er auch nicht an eine *restitutio propter errorem* gedacht haben sollte, die Restitution aus dem Grunde gewährt, weil ein anderes Rechtsmittel unmöglich war und sich zu seiner Zeit die einzelnen *causae*, wie sie L. 1. 2 D. de in integr. rest. aufgeführt sind, vielleicht noch nicht festgestellt hatten. Die Annahme der einzelnen *causae* zeugt schon von einer fortgeschrittenen Jurisprudenz: ursprünglich muss die Restitution mehr als später, nachdem die Gesetzgebung und Wissenschaft die *causae* fixirt hatten, dem Ermessen des Prätors unterstanden haben. Der Grund, weshalb der Prätor jedesmal Restitution gewährte, war noch nicht ausgesprochen, er lag vielmehr, noch nicht genau erkannt, in der prätorischen Rechtspflege, und es war die Aufgabe der Jurisprudenz diese *causae in integrum restitutionis* zu präcisiren.

3) L. 8 §. 2 D. qui satisfacere cog. (2, 8):

Si servus inveniatur, qui, antequam iudicium accipitur, fideiussit iudicatum solvi: succurrendum est actori, ut ex integro caveatur. Minori quoque vigintiquinque annis succurrendum est: fortasse et mulieri, propter imperitiam.

Der Kläger hatte dadurch, dass sein Gegner als Sklave die *cautio iudicatum solvi* zu leisten nicht im Stande war, diesen aber, unbekannt mit dessen Unfreiheit, zu der Leistung angenommen hatte, sein Recht auf die Kautio verwirkt. Wegen dieses faktischen Irrthums gewährt der Prätor Restitution, so dass der Kläger sich von einer tauglichen Person die Kautio von Neuem stellen lassen konnte. Dem Minderjährigen wird auch wegen Rechtsirrthums Hülfe für diesen Fall zugestanden, als *restitutio propter minorem aetatem*, Frauen vielleicht auch, das heisst alsdann, wenn der Prätor

3) Vgl. oben §. 39 und 40.

deren Unerfahrenheit im speziellen Falle für dazu geeignet hielt⁴⁾.

4) Restitution der *exceptiones peremptoriae* zu Gunsten derjenigen Personen, die aus entschuldbarem Irrthum dieselben vor Fällung des Urtheils geltend zu machen unterlassen haben.

L. 2 C. Sent. rescindi non posse (7, 50):

*Peremptorias exceptiones omissas in initio, antequam sententia feratur, opponi posse, perpetuum edictum manifeste declarat. Quod si aliter actum fuerit, in integrum restitutio permittitur. Nam iudicatum contra maiores annis vigintiquinque non oppositae praescriptionis velamento, citra remedium appellationis, rescindi non potest*⁵⁾.

5) L. 13 pr. D. de inst. act. (14, 3):

Habebat quis servum merci oleariae praepositum Arelatae; eundem et mutuis pecuniis accipiendis: acceperat mutuam pecuniam: putans creditor ad merces eum accepisse, egit proposita actione: probare non potuit, mercis gratia eum accepisse: Licet consumpta est actio, nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen Iulianus utilem ei actionem competere ait.

Ueber die Auslegung dieser Stelle ist vielfach gestritten; dass sie jedoch ebenfalls von einer *in integr. rest.* handelt, dies erscheint wohl ziemlich allgemein anerkannt. Unseres Erachtens ist die Savigny'sche Erklärung⁶⁾ die einzig richtige. Der Kläger im Glauben, dass das dem *servus* dargelehene Geld zu Geschäftszwecken verwandt worden ist, klagt gegen den *dominus* mit der *actio institoria*. Da er aber nicht beweisen kann, dass dieses Geld vom *servus mercis gratia* empfangen worden ist, so wird er mit seiner Klage abgewiesen und hat dieselbe verloren. Hier tritt der Prätor helfend ein, indem er dem Kläger eine *utilis actio* gewährt und die entgegenstehende *exceptio rei iudicatae*

⁴⁾ Dies hängt mit der früher auch für die Frauen nach Analogie der den Minderjährigen gewährten Restitution zusammen. L. 3 C. Theod. 2, 16.

⁵⁾ Vgl. oben §. 13 N. 23.

⁶⁾ Bd. 3 S. 457.

denegirt. Was ist diese *utilis actio* für eine Klage? Jedenfalls die *actio institoria* als *utilis*. Ein anderes Mittel als die Restitution der *institoria* gab es nicht; denn wollte der Kläger nachträglich die *actio de in rem verso, de peculio* oder *quod iussu* anstellen, so waren dieselben auch, in Folge der Konsumption der *actio institoria* und der materiellen Identität, ebenfalls konsumirt⁷⁾.

Derselben Ansicht ist im Wesentlichen auch Sintenis S. 381 ff. N. 95.

Anderer Ansicht ist Brackenhöft⁸⁾, wenn er die vom Prätor als *utilis* ertheilte Klage als *actio tributoria* auffasst. Zum Beweise seiner Behauptung führt er L. II §. 7 D. eod. an⁹⁾, welche deshalb nach durchgesetzter *actio institoria* die *tributoria* ausschliesse, „weil in der Hauptsache von einem und demselben Rechtsverhältnisse die Rede ist und daher einer zweiten Klage, wenn sie auch im Legitimationsgrunde verändert ist, die *res iudicata* opponirt werden kann“. Abgesehen von der Unbestimmtheit dieser Ansicht ist es der Fehler Brackenhöft's, dass er sich das Verhältniss der *adiecticiae qualitatis actiones* nicht klargemacht hat, wie es bei Gaius IV §. 74 ff. dargestellt ist. Unseres Erachtens ist letzte Digestenstelle folgendermassen zu interpretiren: Sowohl die *actio institoria* als *tributoria* haben die gleiche *intentio*: „*Quicquid ob eam rem patrem (dominum) dare facere oportet*“; es klagt Jemand den *pater* oder *dominus* auf dieses *dare facere* ein. Ist nun derjenige wirklich *institor*, gegen dessen Gewalthaber geklagt worden ist, dann kann von einer *tributoria* aus demselben Grunde keine Rede mehr sein, weil bei der *institoria* eine *merx dominica* vorausgesetzt worden ist, die *tributoria* aber eine solche ausschliesst. Die *institoria* schliesst die *tributoria* aus, weil beide verschiedene Voraussetzungen haben: die *tributoria* kann nicht eintreten bei einer *merx dominica*. Wenn aber die gewaltunterworfenene Person *institor dominicae mercis* nicht ge-

7) Keller, Litiskontestation S. 434.

8) Identität und materielle Konnexität etc. S. 268.

9) *Si institoria recte actum est, tributoria ipso iure locum non habet: neque enim potest habere locum tributoria in merce dominica: quod si non fuit institor dominicae mercis, tributoria superest actio.*

wesen ist (— also ein *peculium* zum selbständigen Geschäftsbetrieb hatte —), so soll die *tributoria* noch übrig bleiben.

Wie nun aber hier die *tributoria* ausnahmsweise nach Anstellung der *institoria* nicht konsumirt werden soll, ebenso, demonstriert Brackenhöft weiter, verhält es sich in L. 13 pr. cit. Schon der Ausdruck „*utilem ei actionem competere ait*“ am Schlusse muss uns gegen diese Deduktion warnen. Wäre das Verhältniss hier dasselbe wie in L. 11 cit., so hätten Ulpian und Julian sich jedenfalls anders ausgedrückt, sie würden zweifellos diese am Schlusse gewährte *actio* auch mit dem Namen *tributoria* belegt haben. Dass sie dies nicht gethan, hat eben seinen Grund darin, dass sie eine *tributoria* nicht annehmen. Das Verhältniss in beiden Stellen ist ausserdem ein völlig verschiedenes. In L. 11 zu Ende war der Beklagte nicht *institor*, nicht einer *merx dominica* vorgesetzt, sondern hatte sein eigenes Geschäft (— soweit dies überhaupt bei dem Römischen *peculium* möglich war —); in L. 13 pr. ist aber der Beklagte wirklich *institor*. Das geht aus der ganzen Fassung des ersten Satzes hervor. In beiden Fällen stellt der Kläger die *institoria* an; im ersten Falle verliert er sie, weil der *servus* kein *institor* war, im zweiten Falle weil er die *institoria actio* auf die Voraussetzung gründete, dass der *servus* das Darlehen zur Geschäftsführung empfangen hatte, dieselbe aber nicht beweisen konnte: hätte er die *institoria actio* auf die Vollmacht des *dominus*, dass der *institor* zur Entleihung von Geldern berechtigt gewesen, basirt, so hätte er seine Klage nicht verloren. Kurz, die Sachlage ist die: im ersten Falle verliert der *actor* sein Klagerecht, weil er an Stelle der *tributoria* die *institoria* angestellt, behält die *tributoria* nur dann, wenn der *servus* nicht *institor dominicae mercis* gewesen; im zweiten Falle verliert er die *institoria*, indem er das Darlehen gegen den *dominus* einklagte, weil der *institor* dasselbe zum Geschäftsbetrieb verwandt habe, und letzteres nicht beweisen konnte: er hätte die Klage durchgeführt, wenn er gegen den *dominus* auf Rückerstattung des Darlehens mit der *institoria* geklagt hätte, weil der *servus* zur Entleihung von Geldern ermächtigt gewesen. Nach strengem Recht ist ihm nun die *institoria*

verlustig gegangen, und deshalb glaubt Julian müsse ihm eine *utilis actio* gegeben werden. Dies erscheint uns der Gedanke der Stelle: für die konsumirte *actio institoria* erhält er die *actio institoria utilis*. Wir wissen, dass der Begriff der Utilität der Klagen insgemein in den der Fiktion von Klagen aufgeht, dass Klagen oft als *utiles* gewährt werden, unter der Fiktion, dass das zu Grunde liegende Verhältniss ein solches sei, wie bei der *actio directa*, während es in Wirklichkeit ein mehr oder weniger anderes ist, dass es in der prätorischen Macht stand, zu fingiren, dass ein Ereigniss, was wirklich eingetreten war, nicht eingetreten: und bedenken wir dies für unsern Fall, so liegt gar nichts Aussergewöhnliches darin, dass der Prätor fingirte, die *actio institoria* sei nicht konsumirt worden, und sie demgemäss als *utilis* wiedergewährte. — Dass dies nur in Folge der *in integr. rest.* geschehen konnte, bedarf keiner weitem Auseinandersetzung¹⁰⁾.

6) L. II pr. D. de exc. rei iud. (44, 2):

Si mater filii impuberis defuncti ex Senatusconsulto bona vindicaverit idcirco: quia putabat rupto patris eius testamento neminem esse, substitutum, victaque fuerit, quia testamentum patris ruptum non erat: postea autem apertis pupillaribus tabulis apparuit non esse ei substitutum: si peteret rursus hereditatem, obstatum exceptionem rei iudicatae Neratius ait. Ego exceptionem obesse ei rei iudicatae non dubito: sed ex caussa succurrendum erit ei, quae unam tantum caussam egit rupti testamenti.

Die Sache ist hier folgende: Es war Jemand gestorben und hinterliess seine Ehefrau nebst einem unmündigen Sohne. Dieser zu seinem Erben eingesetzte Sohn starb nach dem Tode des Vaters und nunmehr erbt die Mutter gemäss des SCti Tertulliani. Dieselbe stellt, da das Testament, in welchem der Sohn als Erbe eingesetzt war, hinfällig geworden, aus dem SC. die *hereditatis petitio* an; ob mit hinzugefügter *caussa, quod ruptum esset patris testamentum* oder

¹⁰⁾ Wie Sintenis S. 382 dazu kommt, zu behaupten, dass diese Stelle von einer Restitution im eigentlichen Sinne nicht zu verstehen sei, ist mir unklar.

nicht, darüber schweigt Ulpian zunächst, jedenfalls aber in der Meinung, dass, nachdem das Testament des Vaters rumpirt sei, Niemand dem Sohne substituirt sein könnte. Es stellt sich aber vor Gericht heraus, dass das Testament des Vaters nicht hinfällig geworden, und deshalb verliert sie ihren Anspruch auf die Erbschaft. Hieraus geht hervor, dass sie wirklich die Klage vor Gericht auf Grund der vermeintlichen gänzlichen Aufhörung der testamentarischen Verfügung angestellt hatte. Der Grund, warum das Gericht das Testament für nicht hinfällig geworden ansah, war der, dass noch ein Pupillartestament existirte. Nachdem nun aber letzteres eröffnet worden und sich herausgestellt hatte, dass Niemand substituirt sei, in Wirklichkeit also die Mutter Ansprüche auf die Erbschaft gehabt hätte, versuchte letztere ihre Klage von Neuem geltend zu machen. Gegen diese Erneuerung ist Neratius sowohl als Ulpianus, denn nach strengem Rechte hat sie dadurch, dass sie bei Anstellung der *hereditatis petitio* den Beweis, dass das *testamentum ruptum* sei, nicht geliefert hatte, ihre Klage verloren. Zur Aushülfe aber tritt der Prätor ein und *succurrit ex causa*, d. h. nach Befund der Umstände: er ertheilt ihr die Klage von Neuem, zugleich die entgegenstehende *exceptio rei iudicatae* denegirend¹¹⁾.

Man wird vielleicht dieser Auslegung entgegenhalten, dass bei dinglichen Klagen *expressa causa non nocet*, und es noch immer gestattet sei, aus einem andern Grunde dieselbe Klage von Neuem anzustellen, dass demnach L. 11 pr. D. cit. eine Ausnahme von dieser Regel sei, oder, wie Brackenhöft annimmt, in unserer Stelle keine *causa expressa* genannt sei, wenn man nicht die Herleitung des Erbrechts aus dem SC. Tert. darunter verstehen wolle. Beide Einwendungen stehen in einer gewissen Verbindung.

Es ist hier nicht am Orte, die etwaige Unrichtigkeit des Satzes nachzuweisen, dass bei dinglichen Klagen *causa expressa non nocet*: für uns ist — wir schämen uns nicht dieses Eingeständnisses — noch immer die Lehre von dem Grunde der prozessualischen Konsumption nicht in wünschenswerther Weise aufgeklärt. Jedoch nehmen wir diesen

¹¹⁾ So auch Savigny VI S. 459 ff.

Satz als Wahrheit an. Ulpian anerkennt in L. II pr. cit., dass die Wittwe *unam tantum causam egit rupti testamenti*, und diese *una tantum causa*, nemlich, dass, da das *testamentum morte filii ruptum*, sie demgemäss Erbin geworden sei, brachte ihre Klage zum Falle. Aus der Betonung, dass sie *unam tantum causam egit*, geht hervor, dass sie mehr als eine *causa* hätte vorbringen müssen zur Begründung ihres Erbrechts, und dazu war noch nöthig die Behauptung, dass dem verstorbenen Sohne durch den Vater Niemand substituirt worden sei. Diese *causa* konnte allein unmöglich ausreichen zur Begründung einer neuen *hereditatis petitio*, sondern es musste noch immer die schon als ungenügend abgewiesene *causa*, dass das Testament rumpirt sei, mit vorgebracht werden: es musste zur Erlangung der Erbschaft aus dem SC. nachgewiesen werden, dass das Testament des Erblassers durch den Tod des Sohnes rumpirt und Niemand in dem Pupillartestament substituirt sei. Nachdem man einmal aufgegeben hatte, keine *causa* anzuführen und etwa einfach zu intendiren: *si paret hereditatem q. d. a. ex SCto Tertull. meam esse* und sich gemüsst gefunden hatte, die *causa rupti testamenti* anzufügen, war es nicht mehr möglich, mit dieser einfachen *intentio* durchzudringen, und die *causa*, dass Niemand dem Sohne substituirt sei, auch nicht mehr im Stande, eine Erlangung der Erbschaft herbeizuführen. Die bloße *intentio: si paret ex SCto Tert. hereditatem meam esse* hätte ursprünglich ausgereicht, es wäre bei ihr Sache des Prätors gewesen, das noch nicht eröffnete Pupillartestament zu erbrechen und dort sich nach einer etwaigen Substitution umzusehen. Damit begnügte sich die Klägerin nicht, und daher kommt auch die Erbrechung des Pupillartestaments erst in einer spätern Zeit vor. Hätte wirklich die Klägerin die *hereditatis petitio* zum zweitenmale angestellt, etwa mit der *intentio si paret sqq. meam esse neque ullum pupillari testamento defuncto esse substitutum*, so hätte sie doch noch immer auf die schon vom Gericht verworfene ursprüngliche *causa*, dass das *testamentum patris ruptum* sei, zurückkommen müssen, und dies war unzulässig.

Wenn Brackenhöft S. 241 sagt, die Worte: „*quod ruptum esset patris testamentum*“ seien keine *causa* in der

hier in Betracht kommenden Bedeutung, so scheint es mir nur darauf anzukommen, dass die Klägerin sie als *caussa* auffasste und zur Begründung ihres Erbenspruchs vorbrachte, und damit harmonirt der Schlusssatz dieser Stelle. Hierin stimme ich mit diesem Schriftsteller überein, dass die zweite (wiederhergestellte) Klage nie auf eine andere *caussa* in seinem Sinne beruhen konnte, als die erste, wenn ich mit ihm hierbei an die *intentio* denke: „*si paret hereditatem ex Scto Tert. meam esse*“, jedoch mit dem folgenden Satze keineswegs: „nur die Vertheidigung gegen jene *exceptio*¹²⁾, wenn sie opponirt wurde, war eine andere, und bestand statt jener Replik¹³⁾ in einem bloßen Lügen der Substitution, welche sie früher unterlassen hatte, weil sie glaubte, dass dieselbe in dem angeblich rumpirten Testamente enthalten sei“, und zwar aus dem Grunde hauptsächlich, weil es vorher heisst: *quod putabat, neminem esse substitutum*¹⁴⁾.

7) L. 7 pr. D. de in integr. rest.:

Divus Antoninus Marcio Avito Praetori de succurrendo ei, qui absens rem amiserat, in hanc sententiam rescripsit: Etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus: tamen, ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est: itaque si citatus non respondit, et ob hoc more pronunciatum est, confestim autem pro tribunali te sedente adiit; existimari potest, non sua culpa, sed parum exaudita voce praeconis defuisse: ideoque restitui potest.

Man hat diese Stelle von einer *in integr. rest. maiorum* verstanden: so Francke S. 78, Burchardi S. 184 N. 100 S. 197 N. 124, Brinz S. 122. Dagegen Savigny S. 197, Windscheid §. 118 N. 7, welche dieselbe als von der *restitutio propter errorem* sprechend annehmen. Uns scheint die Savigny'sche Ansicht, welche dieselbe als die allgemeinste Andeutung der *restitutio propter errorem* auffasst, die richtigste zu sein; denn es kommt nicht so sehr darauf an, dass eine gewisse *absentia* die Restitution veranlasse, eine *absentia*,

¹²⁾ Nemlich: „*si non a patre ei substitutum fuisset*“.

¹³⁾ „*Quod ruptum esset patris testamentum*“.

¹⁴⁾ Burchardi S. 185 N. 106 nimmt auch bei der L. 11 pr. cit. Restitution *ex generali clausula* an.

welche in der Stelle gar nicht ausgedrückt ist, da das *parum exaudita voce defuisse* eine Abwesenheit nicht voraussetzt, als vielmehr darauf, dass in Folge des wenig lauten Aufrufs des Herolds der vor Gericht Citirte im Glauben war, nicht aufgerufen worden zu sein und sich demgemäss vor dem Prätor nicht eingefunden hat — *defuit*. Der Hauptton liegt auf dem „*parum exaudita voce defuisse*“, der in Folge des schwachen Aufrufs entstandene Irrthum gab Grund zur Restitution, wenn der Verurtheilte sich sofort an den noch auf dem Richterstuhle sitzenden Prätor wandte und nachwies, dass dieser Irrthum der Grund des Kontumacialurtheils gewesen ist. Deshalb auch die Vorschrift, dass der Beklagte zur Stelle sich an den Prätor wenden musste — eben des Beweises wegen —, eine Bestimmung, welche bei der *restitutio propter absentiam* nicht galt, indem der als *absens* Geltende noch immer Restitution gegen das ergangene Kontumacialurtheil erhalten konnte, auch wenn er später noch die Bitte um Restitution einreichte.

8) L. 1 §. 5 D. de ed. (2, 13):

Eis, qui ob aetatem, vel rusticitatem, vel ob sexum lapsi non ediderunt, vel ex alia iusta causa, subvenietur.

Dieses Gesetz stellte für diejenigen, welche in Folge *minor aetas, rusticitas* oder *sexus* bei ihren Klagen die Einreichung von Beweisstücken vor Gericht unterliessen, Restitution in Aussicht; mit andern Worten: Personen, denen der Rechtsirrthum nach Römischen Rechte vielfach nachgesehen wurde. Dieselben, unbekannt mit dieser prozessualischen Vorschrift, erhalten gegen ihre *ignorantia* Restitution. Bei dieser Gelegenheit soll nicht zu bemerken unterlassen werden, dass das ältere Recht auch eine Restitution der Frauen annahm, nach Analogie der Minderjährigen, wovon noch deutliche Spuren in L. 3 C. Theod. de integri rest. (2, 16) vorhanden sind: *verb. „Et mulieribus et minoribus sqq.“*, nach Streichung der drei ersten Worte in L. 8 C. Just. 2, 22 aufgenommen. Zur Zeit der Erlassung dieser Konstitution nahm man eine Restitution wegen Irrthums nur im Falle der L. 1 D. 27, 6 an, und bei einigen andern speziellen Fällen hatte sich der Gesichtspunkt einer solchen noch nicht scharf hervorgehoben. Man restituirte noch in freierer Weise dort, wo es nöthig erschien und diesem Umstande verdanken die meisten unserer Stellen

wegen Irrthums ihren Ursprung; vorzugsweise zeigte sich dies bei den nachtheiligen Folgen der Rechtsunkenntniss. Aus diesen Gedanken gewährt auch L. 1 §. 5 cit. Restitution. Rücksichtlich der Schlussworte *vel ex alia iusta causa* ist Burchardi¹⁵⁾ der Ansicht, sie bezögen sich auf die Restitution *ex clausula generali*; unseres Erachtens ist dies unwahrscheinlich, denn es wird in den drei ersten Fällen Restitution gewährt aus keinem andern Grunde als dem des Irrthums resp. der Unbekanntschaft mit dem Recht, und dies müssen wir auch von dem vierten Falle annehmen. Die *restitutio propter errorem vel ignorantiam* in Folge *minor aetas* ist im Justinianischen Rechte in die immer mehr Anwendung und Ausdehnung gewinnende *restitutio minorum* aufgegangen. Nimmt man bei der „*alia iusta causa*“ andere Fälle als Irrthum an, so möchte es zulässig sein, darunter auch an Betrug und Zwang zu denken. — Man muss freilich zugestehen, dass auf die Behauptung oder Bestreitung der Burchardi'schen Meinung wenig genug ankommt: die Hervorhebung derselben ist aus dem Grunde geschehen, weil es unmöglich ist, mit derjenigen Sicherheit eine *restitutio ex generali clausula* anzunehmen, wie dies Burchardi gethan.

9) L. 31 D. de iureiur. (12, 2):

Admonendi sumus, interdum etiam post iusiurandum exactum permitti Constitutionibus Principum, ex integro causam agere, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usuris sit: sed hae Constitutiones tunc videntur locum habere, cum a iudice aliquis absolutus fuerit: solent enim saepe iudices in dubiis causis, exacto iureiurando, secundum eum iudicare, qui iuraverit. Quod si alias inter ipsos iureiurando transactum sit negotium, non conceditur eandem causam retractare.

Restitution in Folge Unkenntniss von auf früher unbekannte

¹⁵⁾ S. 184 N. 102 ff. S. 391 N. 27. Gegen Burchardi spricht noch die von ihm selbst als Parallelstelle angeführte L. 15 §. 5 D. quod vi aut clam (43, 24), die nicht auf die *restitutio ex generali clausula*, sondern auf die *propter errorem* ihrem Wortlaute nach zu beziehen. Vgl. noch bezüglich des in dieser Stelle vorkommenden Ausdrucks: „*magna et iusta causa ignorantiae interveniente*“ §. 33 I. de act. L. 1 §. 17 D. de sep. (42, 6).

Urkunden sich stützende Beweismomenten, wenn der vorausgegangene Prozess durch einen Seitens des Richters auferlegten Eid beendet worden ist.

- 10) L. 3 §. 31 D. de SCto Silan. (29, 5):
Si conditioni intra diem ex die mortis praestitutum parere iussi ignorantia non paruerunt: si idcirco ignoratum est, quia metu Senatusconsulti aperiri tabulae non potuerunt, succurritur eis ad implendam conditionem.

Diese Stelle wird insgemein von einer *in integr. rest. ex claus. generali* verstanden. So von Burchardi S. 184 N. 99, Brinz S. 122, Vangerow §. 188 Anm. 1 III 1) a. E.; dagegen Savigny, III S. 145 und VII S. 173, Windscheid §. 118 N. 7 §. 119 N. 16. Wir nehmen mit den beiden letztern eine Restitution wegen Unwissenheit an und glauben, dass dies aus den Worten: „*ignorantia non paruerunt*“ und „*si idcirco ignoratum est*“ hervorgeht. Der Grund, weshalb Ulpian in dieser Stelle Restitution ertheilt, ist nicht die nothwendige Unterlassung der Testamentseröffnung, denn es war trotz des SC. Sil. die Eröffnung des Testaments, etwa vor dem Prätor gestattet, nur nicht die eigenmächtige; sondern die Unwissenheit über die dem Testament inserirte Bedingung war die Ursache, weshalb Restitution verstattet wurde.

- 11) L. 1 §. 17 D. de sep. (42, 6):
Item sciendum est vulgo placere, creditores quidem heredis, si quid superfuerit ex bonis testatoris, posse habere in suum debitum: creditores vero testatoris, ex bonis heredis nihil. Cuius rei ratio illa est: quod qui impetravit separationem, sibi debet imputare suam facilitatem, si cum essent bona idonea heredis, illi maluerint bona potius defuncti sibi separari: heredis autem creditoribus hoc imputari non possit. At si creditores defuncti desiderent, ut etiam in bonis heredis substituantur, non sunt audiendi: separatio enim quam ipsi petierunt, eos ab istis bonis separavit. Si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti, impetrare veniam possunt, iustissima scilicet ignorantiae caussa allegata.

Nach Römischen Rechte wurde bekanntlich das Vermögen der Erben mit dem des Erblassers durch Antretung der Erb-

schaft konfundirt und eine einzige Gütermasse. In Folge dessen hatten sowohl die Gläubiger des Erblassers ein Recht aus dem Vermögen des Erben befriedigt zu werden als die des Erben aus dem des Erblassers. Wollten die Gläubiger des Erblassers in der Absicht, eine etwaige Beeinträchtigung ihrer Forderungen durch die Konfusion des vielleicht stark verschuldeten Vermögens des Erben mit dem unbelasteten des Erblassers zu vermeiden, sich nur an dem Vermögen des Erblassers halten, so stand ihnen für diesen Zweck die Bitte um Separation beider Vermögen bei dem Prätor zu. Hierdurch verloren sie jegliches Recht an dem Vermögen des Erben, auch für den Fall, dass sie aus dem Nachlasse des Erblassers nicht vollständig befriedigt wurden. Diese Regel des Römischen Rechts behandelt unsere Stelle.

Nichtsdestoweniger soll der Prätor ermächtigt sein, von dieser Strenge des Rechts abzugehen, wenn die Gläubiger durch die Trennung zu kurz gekommen sind, obschon sie, in der Absicht, davon Vortheile zu erreichen, dieselbe gesucht haben: aber nur dann, wenn dieselben *temere satisfactionem petierunt* und *iustissima ignorantiae causa allegata*. Es erscheint uns dies als eine völlig unglückselige Bestimmung. Zur Lebzeit des Erblassers nemlich ging der Gläubiger Forderungsrecht nur bis auf den Betrag des Vermögens, sie können nicht mehr verlangen. Der Erbe seinerseits hat dem entsprechend das *beneficium inventarii*, wodurch er dieselben auf das hinterlassene Vermögen des *defunctus* beschränken kann. Waren nun die Gläubiger der Ansicht, dass das Vermögen des Erben überschuldet sei, hingegen das des Erblassers zur Tilgung der gegen ihn habenden Forderungen ausreichend, und impetirten sie deshalb *separatio bonorum*, so hatten sie sich auch die Folgen hiervon zuzuschreiben, und unbillig erscheint es im höchsten Maasse, dass der Prätor, wenn die Gläubiger eingesehen, dass das Verhältniss ein umgekehrtes war und sie erst aus dem vereinigten Vermögen des Erblassers und Erben befriedigt worden wären, gegen die verlangte *separatio* Restitution gewährte und so denselben gegen ihren ursprünglichen Willen grössere Rechte gab, als sie bei Lebzeiten des Erblassers und nach erlangter Separation besaßen, lediglich zum Nachtheile der Erben. Von diesem Gedanken kann uns auch

eine *iustissima ignorantiae causa* nicht abbringen, denn die Auslegung dieser Worte war in die Willkür des Prätors gelegt und unserer Ansicht nach keine *causa iustissima* genug, die *separatio* zum Vortheile der dieselbe begehrt habenden Gläubiger und zum Nachtheile der Erben aufzuheben.

Es zeigt sich an dieser Stelle wieder so ganz deutlich die willkürliche Natur dieses Rechtsinstituts, welches sich nie zu der Höhe emporgeschwungen hat, dass die Gewalt der Prätores eine in den Schranken des Gesetzes sich bewegende genannt werden darf; die prätorische Macht ging über das Gesetz und die Ordnung hinaus und diente sogar dazu, dasjenige, was nach dem Rechte bestehen sollte, umzuwerfen und die eigene willkürliche Anschauung an dessen Stelle zu setzen.

Fassen wir nunmehr die vorstehend aufgeführten Stellen zusammen und suchen den ihnen zu Grunde liegenden Gedanken herauszufinden. Vorzugsweise prozessualischer Natur ist diese Restitution, und nur wenige noch praktischen Stellen haben wir, wo wir dieselbe auch bei privatrechtlichen Verhältnissen anzuerkennen haben¹⁶⁾. Eine fernere Frage ist, welcher Art der Irrthum sein müsse, ob *error iuris* auch die Restitution veranlasse. Im Allgemeinen ist der Irrthum ein faktischer, und nur bei Frauen, Minderjährigen, *homines rustici* ist auch Rechtsirrthum im Stande, die Wiedereinsetzung zu bewerkstelligen. Immerhin muss der Irrthum aber ein entschuldbarer sein.

§. 45.

Hieran knüpft sich die Frage, ob die *in integrum restitutio propter errorem* auf die vorhin aufgeführten Fälle beschränkt werden müsse, oder ob dieselbe weiterer Anwendung fähig sei. Unseres Erachtens ist es unstatthaft, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in andern als den Fällen des *corpus iuris* zuzulassen. Die Grundsätze über faktischen und rechtlichen Irrthum gelten auch hier, und

¹⁶⁾ L. 1 §. 17 D. de separat. L. 3 §. 31 de SC. Silan. L. 15 §. 5 D. quod vi aut clam (43, 24).

zeigt sich vorzugsweise bei prozessualischen Nachtheilen die Restitution wegen rechtlichen Irrthums.

Mit dieser Frage hängt eine zweite zusammen, ob nicht der Irrthum im Römischen Rechte auch in der sog. *clausula generalis* Berücksichtigung gefunden. Die ältern Schriftsteller sind sämmtlich dieser Ansicht; von den Neuern huldigen Francke S. 94, Burchardi S. 391 noch derselben, ihnen folgt theilweise Brinz S. 123 f. u. A. m. Wir haben schon bei der *restitutio maiorum ex clausula generali* die Behauptung aufgestellt, dass dieselbe nur dann ertheilt werde, „wenn die Wahrnehmung oder Geltendmachung, wenigstens die gehörige Wahrnehmung eines Rechts durch äussere faktische Hindernisse ausgeschlossen worden ist“*). Allerdings wird im Römischen Rechte Restitution gegen Unterlassung ertheilt und Fälle der Unterlassung begreift sowohl die *restitutio ex generali clausula* als die *propter errorem* in sich. Allein es muss der Nachdruck auf das „äussere faktische Hinderniss“ gelegt werden und demgemäss unterschieden werden, ob die Unterlassung auf derartige Hindernisse zurückgeführt werden kann oder nicht. Im ersten Falle haben wir eine *restitutio propter absentiam*, im zweiten Falle eine solche wegen Irrthums anzunehmen. — Dass dies früher nicht beachtet worden ist, diesem Umstande verdankt die *restitutio ex generali clausula propter errorem* im gemeinen deutschen Rechte ihre so grosse Ausdehnung.

5) Restitutio propter capitis deminutionem.

§. 46.

Als fünfte *caussa in integrum restitutionis* führen die Quellen die *capitis deminutio* auf, die wegen ihr gegebene Restitution findet ihre Behandlung in tit. 5 lib. IV Dig.; im Codex wird von ihr nicht gesprochen, was wohl daher rührt, dass wegen der Einfachheit der Anwendung die Kaiser sich zu nachträglichen Gesetzen in dieser Materie nicht veranlasst sahen. In diesem Titel wird gleichzeitig, so viel möglich, die gesammte Lehre von den *capitis deminutiones* vorgetragen. Das Edikt über dieselbe lautet folgendermassen:

*) Vangerow I, 188 Anm. I III.

*Qui quaeve, posteaquam quid cum his actum, contractumve sit, capite deminuti deminutaeve esse dicentur, in eos easve perinde quasi id factum non sit, iudicium dabo.*¹⁾

Der Grund der Einführung dieses Edikts war der, dass man gegen den, der nach Civilrecht *capitis deminutio minima* erlitten hatte und dadurch civiliter nicht mehr obligirt war, ein Mittel gab, doch zu seinem Rechte zu kommen. Nach Civilrecht nemlich löste die *capitis deminutio minima* die bisherige Agnationsverbindung auf; in Folge derselben hörten persönliche Servituten des *minor* zu existiren auf und civilrechtliche Forderungen erloschen.

Schon sehr früh muss man die Unbilligkeit eingesehen haben, welche darin lag, dass man seine Ansprüche gegen eine Person verlor, welche *capite deminuta* war, und deshalb half der Prätor durch *in integr. restitutio*. Sie stützte sich auf die Fiktion, dass der Anspruch, welcher nach Civilrecht verloren war, nach prätorischem Rechte nicht als untergegangen betrachtet werden soll²⁾.

Neben diesem Edikt soll nach Schneider S. 296 noch ein zweites existirt haben, welches das umgekehrte Verhältniss in's Auge gefasst habe, von dem aber in den Quellen keine Spur mehr übrig geblieben. Ein solches war aber überflüssig, da durch Uebertritt in eine andere *patria potestas* die Klagerechte in der Regel³⁾ auf den *pater arrogator* oder *legitimans* übergingen.

Man hat bis in die neuere Zeit vielfach über das Wesen der *capitis deminutiones* und der *capitis deminutio* speziell gestritten, und bis jetzt ist die Lehre hierüber durchaus noch unklar⁴⁾.

¹⁾ L. I §. I D. h. t.

²⁾ Wenn Burchardi S. 273 behauptet, dass dieses Edikt jünger sein muss als das über die Minderjährigkeit, weil Paulus und Ulpianus in ihren Ediktskommentaren dasselbe hinter letzterer behandelt haben, so mag dies bezweifelt werden dürfen. — Die Tendenz dieses Edikts gleicht auffallend der über die *absentia* und den *error* und scheint derselben Richtung im Gebiete des prätorischen Rechts ihren Ursprung zu verdanken. — Dass nothgedrungen auch die *restitutio ex generali clausula*, wie Burchardi annimmt, ausgereicht habe, ist unrichtig.

³⁾ Gaius III, 83.

⁴⁾ Böcking, Institutionen §. 58 Note*.

Für unsern Zweck kommen hauptsächlich zwei gerade entgegengesetzte Behauptungen in Betracht: die Einen leugnen für das Justinianische Recht jedes Bedürfniss zu einer *in integr. rest. propter capitis deminutionem*; die Andern halten dieses Bedürfniss aufrecht. Als den vorzüglichsten Repräsentanten der einen Ansicht nennen wir Savigny⁵⁾, als den der andern Vangerow.

Mit dem Auffinden des Gaius haben wir eine bedeutend bessere Einsicht in das Wesen dieses Rechtsmittels erlangt als wir vorhin hatten. Gemäss III, 84 gehen alle civilen Forderungen gegen den *capite deminutus*, die aus früherer Zeit gegen ihn bestanden, nach Civilrecht zu Grunde; sie erhalten wiederum Anerkennung dadurch, dass das prätorische Recht sie verleiht. Dieses geschieht durch die Fiktion, dass die *capitis deminutio* nicht erfolgt sei, in Folge deren die verlorene Klage als *utilis* wiedergegeben wird. Diese fiktive Klage soll auf der *in integr. rest.* beruhen, sie hat auch dies mit den übrigen *in integrum restitutiones* gemein, dass sie prätorischen Ursprungs, dass sie gegen das strenge Recht gerichtet ist und das Rechtsverhältniss so wiederhergestellt wird, wie es gewesen; sie unterscheidet sich aber von den übrigen Restitutionen dadurch, dass die *actio* aus diesem Edikte *perpetua* ist und dass dieselbe allgemein schon aufgestellt und ohne *causae cognitio* gewährt wird. Mag man nun ein solches Rechtsmittel eine *in integrum restitutio* nennen, so muss man jedenfalls bei ihr andere Voraussetzungen annehmen als bei den übrigen. Dass dasselbe von den Juristen und Kompilatoren als Restitution aufgefasst worden ist, geht aus dem *corpus iuris* hervor: der Grund hiervon ist vielleicht der, dass die Juristen, wie auch anderswo mehr das Faktische der Restitution berücksichtigt haben.

Die Lehre von der *capitis deminutio minima* wird im Justinianischen Rechte noch als praktisch vorgetragen, wenn auch zugegeben werden muss, dass ihre civilrechtlichen Folgen durch die prätorische Macht immer mehr und mehr ausser Kraft gesetzt wurden. Die Tendenz bei derselben ging dahin, ihre Folgen ganz verschwinden zu lassen, diese

5) Ihm folgt Puchta, Pandekt. §. 102 N. b.

Absicht wurde jedoch nicht erreicht. Zunächst half man sich mit der *in integr. rest.*, daneben brachte der Prätor noch andere Grundsätze auf.

Einen solchen enthält

L. 2 pr. D. quod cum eo (14, 5):

In eum, qui emancipatus, aut exheredatus erit, quive abstinuit si hereditate eius, cuius in potestate, cum moritur, fuerit, eius rei nomine, quae cum eo contracta erit, cum is in potestate esset, sive sua voluntate, sive iussu eius, in cuius potestate erit, contraxerit, sive in peculium ipsius, sive in patrimonium eius, cuius in potestate fuerit, ea res redacta fuerit, actionem, caussa cognita, dabo in quod facere potest.

Nach dieser Stelle soll, wenn ein *filiusfamilias* während der väterlichen Gewalt Schulden contrahirt hat, die Klage derenthalb nach geschehener Emancipation *in id, quod facere potest* gehen. Nun ist aber die *emancipatio* eine *capitis deminutio minima* und nach Civilrecht sind die ursprünglichen Klagen gegen den Emancipirten untergegangen. Würde dem Klageberechtigten nun nichtsdestoweniger eine neue Klage gewährt, so kann dies entweder nur vermitteltst *in integr. rest.* geschehen oder durch ein anderes prätorisches Edikt, welches das in L. 1 D. 4, 5 enthaltene theilweise wenigstens ausser Kraft setzte. Für die Annahme einer Klage in Folge *in integrum restitutio*, welche in diesem Falle durch das Edikt in L. 2 cit. auf *id quod debitor facere potest*, beschränkt worden wäre, wie Savigny⁶⁾ annimmt, haben wir nicht den geringsten Anhaltspunkt. Das vorhin citirte Edikt umfasst *exheredati* und *emancipati* und stellt dieselben rücksichtlich der Haftung gleich. Demgemäss erscheint die Behauptung gerechtfertigt, dass wir es mit einem Edikt zu thun haben, welches ebenfalls den Grundsatz des Civilrechts, dass durch *capitis deminutio* die civilen Forderungen untergehen, modificirt. Dieses Edikt wird von Ulpian in einem

⁶⁾ System II, S. 85, ferner Schneider S. 306. Wenn Letzterer unter andern keineswegs triftigen Gründen als Beweis für seine Ansicht aufstellt, dass die Worte des Edikts durchaus nicht sagen, dass die Restitution unnöthig werden solle, so ist dagegen zu erinnern, dass angenommen werden muss, die Restitution sei überflüssig, weil sonst sie zweifelsohne erwähnt worden wäre.

spätern Buche *ad Edictum* behandelt, als das über die *capitis deminutio*, was vielleicht dessen jüngern Ursprung darthuen möchte. Unseres Erachtens wäre es so sehr auffallend nicht, wie man angenommen hat, dass in dieser Weise eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz über die Folgen der *capitis deminutio* gemacht worden und der Prätor durch dieses Edikt weiter gegangen wäre als in L. 1 D. de cap. dem. Diese prätorische Klage ist nun gemäss §. 1 eod.⁷⁾ auch auf die Adoption ausgedehnt worden, so dass rücksichtlich der Emancipation und Adoption die Nothwendigkeit der *in integr. rest.* weggefallen zu sein scheint, an deren Stelle die prätorische Klage *in id quod facere potest*, getreten ist.

Dies ist die Ansicht Burchardi's S. 279 ff. Wenn aber derselbe Schriftsteller annimmt, dass ebenfalls bei der *arrogatio* das Bedürfniss einer *in integrum restitutio* beseitigt sei, so geht dies aus dem von ihm hierfür citirten §. 3 I. de adqu. per arrog. (3, 10) keineswegs hervor. Das Verhältniss in dieser Stellè ist folgendes: Eine Person *sui iuris* hatte sich arrogiren lassen; nun hatte aber Jemand gegen dieselbe einen Anspruch, welchen er nach der Arrogation klägerisch geltend machte, — jedoch nicht gegen den Arrogirten, da es dazu eben der Restitution bedurft hätte, sondern gegen den *arrogator*⁸⁾. Da mit dem Vermögen des *arrogatus* auch die Forderungen auf den *arrogans* übergehen, so haftet letzterer mit der *actio de peculio*⁹⁾.

Das Resultat von Vorstehendem ist demnach: Die vom Prätor eingeführte *restitutio propter capitis diminutionem*, sich in mannigfachen Punkten von den übrigen Restitutionen

7) *Sed et si citra emancipationem sui iuris factus sit, vel in adoptionem datus, deinde pater naturalis decesserit: item, si quis ex minima parte sit institutus, aequissimum est, caussa cognita etiam in hunc dari actionem in id, quod facere potest.*

8) Dass dem Gläubiger diese Klage gegen den Adoptivvater i. e. S. nicht zustand, hat seinen natürlichen Grund, indem der Adoptirte Nichts in die väterliche Gewalt brachte.

9) Dagegen Vangerow §. 34 Anm. 2, 3 a, welcher die Klage der Creditoren erst nach erfolgter Restitution für zulässig erachtet, ebenfalls Schneider S. 307. — Ist die Lesart Schneider's: „*et si voluerit eum defendere*“ eine Verbesserung des „*noluerit*“ der Handschriften oder ein Druckfehler? hoffentlich das letztere.

unterscheidend und den gewöhnlichen prätorischen Klagen annähernd, wurde modificirt durch die Bestimmung, dass es gegen *adoptati* und *emancipati* neben ihr noch eine spätere Klage gab auf *id quod debitor facere potest*, die, freilich ebenfalls prätorischen Ursprungs, jedoch ohne Restitution gewährt wurde. In dieser Weise zeigte sich ein Durchbrechen der alten Grundsätze über die *capitis deminutio*. Neben dieser Klage existirte auch noch die Restitution wegen *capitis deminutio*. Jedoch gibt es keine andern Fälle in unsern Quellen, wo ebenfalls neben die Restitution andere Rechtsmittel traten und namentlich nicht bei der Arrogation und Legitimation, wie Burchardi annimmt.

In dieser Weise erledigt sich auch die Frage, inwieweit die *in integrum restitutio propter capitis deminutionem* für das justinianische Recht praktisch war. Die Lehre von den *capitis deminutiones* wird im *corpus iuris* noch als praktisch vorgetragen, demnach müssen wir auch eine *in integr. rest. propter capitis deminutionem* annehmen.

IV. VON DEN PARTEIEN BEIM RESTITUTIONS- PROZESSE.

§. 47.

Den Antrag auf Restitution zu stellen, ist zunächst der Verletzte berechtigt, wofern derselbe überhaupt rechtlich in der Lage ist, eine derartige Bitte dem Prätor vorzutragen.

Hieraus folgt, dass bei der *restitutio minorum* der *pupillus* nur unter Zustimmung des *tutor* das bezügliche Gesuch stellen kann, da das Gesetz ihn als nicht handlungsfähig erachtet; für ihn kann auch der *tutor* Restitution verlangen¹⁾. Beim *minor* ist die Sache anders, denn wenn er auch im Allgemeinen keine Prozesse ohne *consensus curatoris* führen kann, so ist bei der Bitte um Restitution für ihn kuratorischer Konsens nicht erforderlich²⁾. Die hierauf bezügliche gesetzliche Bestimmung anerkennt Burchardi S. 398 nur für das ältere Recht, während nach neuerem Rechte der *consensus curatoris* für wesentlich erklärt werden müsse. Diese Ansicht ist den Quellen nicht entsprechend. Allerdings kann der *filiusfamilias* im Allgemeinen nur mit Genehmigung des Vaters klagen, welche Genehmigung anderswo durch den *consensus curatoris* ersetzt wird. Daraus würde in Verbindung mit der Burchardi'schen Meinung folgen, dass der *filius minor*, wenn er *sui iuris* wäre, entweder durch einen *curator* die Bitte um Restitution oder

¹⁾ L. 35 §. 1 D. de aur. et legat. (34, 2).

²⁾ L. 25 §. 1 D. de min.

nur mit dessen Zustimmung selbst vorbringen könne; wäre er *in patria potestate* nur mit Genehmigung des Vaters, da sogar der *filiusfamilias maior* nach Römischen Rechte nicht selbständig klagen kann. Allein wir haben es hier nicht mit der Klage, sondern mit dem ausserordentlichen Rechtsmittel der Restitution zu thun; die Quellen verlangen bei derselben nicht den *consensus curatoris*. Erst dann wird der *curator* allein aus freien Stücken *in integr. rest.* für den *minor* erbitten dürfen, wenn dieser absolut dazu nicht im Stande war. Dies geht aus L. 15 pr. D. de min. hervor, wo freilich nur von Grossjährigen die Rede ist, welche Bestimmung aber auch auf Minderjährige, die selbst die Restitution nicht begehren können, ausgedehnt werden darf. Die andererseits aufgestellte Behauptung unter Berufung auf L. 29 pr. D. eod., dass der *curator* sogar gegen den Willen des *minor* zur Bitte um Restitution berechtigt sei, scheint mir aus dieser Stelle nicht hervorzugehen.

Ist aber ferner auch der Vater zur Bitte um Restitution selbst ohne Wissen und Willen des *filius minor* berechtigt? Jedenfalls gegen den Willen desselben nicht, ohne Wissen des Sohnes aber nur in dem Falle der Unmöglichkeit Seitens des Letztern. Diesem Satze widerspricht L. 27 pr. D. de min., wo Gaius die Behauptung aufstellt, dass dem Vater in allen Fällen Restitution für den *filiusfamilias* gegeben werden muss, da derselbe wegen des *peculium* an deren Erlangung interessirt sei. Wir haben aber oben gezeigt³⁾, dass diese Bestimmung durch andere als ausser Kraft gesetzt betrachtet werden muss, wofern nicht, wie eben gesagt, der *filiusfamilias* durch ein äusseres Hinderniss zu der Bitte nicht im Stande war. Aber auch dann nur rücksichtlich des *peculium castrense*, weil nach L. 3 §. 4 die Bitte um Restitution betreffs des *peculium profecticiu*m durch den Vater ausgeschlossen ist. — An keiner Stelle wird gesagt, dass der *minor* nur mit Genehmigung des Kurator Restitution erbitten könne, die Quellen machen ferner keinen Unterschied zwischen dem *filius minor sui iuris* und *alieni iuris*, im Gegentheile wird überall die Zulässigkeit der Bitte um Restitution durch den *minor* selbst und allein anerkannt.

3) §. 28 a. E.

Das Resultat aus Vorstehendem ist nun Folgendes: Der *pupillus* kann Restitution nur *tutore auctore* erlangen, bei ihm kann der *tutor* auch allein die Bitte um Restitution stellen; der *minor* aber auch selbständig, ohne *consensus curatoris*, und der *curator* ist nicht berechtigt, allein ohne die Einwilligung des *minor* für denselben Restitution zu erbitten, wofern derselbe nicht in der faktischen Unmöglichkeit hierzu war.

Ist der Restitutionsberechtigte durch einen *procurator* vertreten, so muss dieser, um Restitution für den *mandator* zu erlangen, ein Spezialmandat haben⁴⁾ oder die *cautio de rato* und *iudicatum solvi* leisten⁵⁾; ein Generalmandat reicht nach Römischen Rechte für die Bitte um Restitution nicht aus.

Die Meisten wenden denselben Grundsatz auch auf *curatores bonorum* an und sprechen denselben, da sie nur eine *custodia bonorum* hätten⁶⁾, die Berechtigung, Restitution zum Vortheil des anvertrauten Vermögens zu begehren, geradezu ab. So auch Burchardi S. 395. Diese Ansicht widerspricht L. 15 pr. D. ex quib. caus. maior., wo Ulpian für einen *curator absentis bonis constitutus* die Berechtigung zur Nachsuchung der Restitution anerkennt. Demnach sind die Vorschriften über den *procurator* nicht auf den *curator bonorum* anzuwenden. Gleiches wird auch für die Vertreter von Gemeinheiten angenommen werden müssen.

Allgemein anerkannt ist es, dass die *in integrum restitutio* auf die Universalsuccessoren übergeht, sofern die Berechtigung des Erblassers dazu noch existirte, nicht etwa, bevor er gestorben, schon untergegangen war⁷⁾. Eine eigenthümliche Ausnahme von dieser Regel enthält L. 7 C. de rest. mil. (2, 51), indem ein Soldat wegen des militärischen Gehorsams im Allgemeinen die Geschäfte des Vaters nach dessen Tode nicht aufheben darf, sondern erst dann dazu berechtigt ist, wenn der Vater selbst gegen dieselbe Klage

4) L. 25 §. 1 D. de min.

5) L. 39 §. 6 D. de procur. (3, 3).

6) L. 48 D. de adm. et per. tut. (26, 7).

7) L. 6 D. de in integr. rest. L. 3 §. 9. L. 18 §. 3. L. 19. L. 24 §. 2 D. de min. L. 35 §. 6 D. ex q. c. maiores. L. 95 §. 3 D. de solut. (46, 3). L. 4. 5 C. de temp. in integr. rest. (2, 53).

geführt hat. Diese *lex* gilt auch für die Fälle, wo dem Vater die Bitte um Restitution zugestanden, derselbe aber dieserhalb keine Schritte gethan hatte: sie soll vom Sohne als Erben des Vaters nicht erbeten werden dürfen. — Dass dem Erben die Restitution sowohl *proprio* als *hereditario nomine* zukomme, geht daraus hervor, dass das Recht ihnen nicht bloß die Geltendmachung der vom Erblasser schon vorgebrachten Bitte um Restitution zugesteht, sondern auch dann demselben Restitution gewährt, wenn für den Erblasser selbst die Wiedereinsetzung noch nicht begründet war.

L. 86 pr. D. de adq. hered. (29, 2):

Pannonius Avitus, cum in Cilicia procuraret, heres institutus, ante vita decesserat, quam heredem se institutum cognosceret: quia bonorum possessionem, quam procurator eius petierat, heredes Aviti ratam habere non potuerant, ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant: quae stricto iure non competit, quia intra diem aditionis Avitus obisset. Divum tamen Pium contra constituisse, Maecianus libro Quaestionum refert in eo, qui legationis causa Romae erat: et filium, qui matris delatam possessionem absens amiserat, sine respectu eius distinctionis restitutionem locum habere: Quod et hic humanitatis gratia obtinendum est.⁸⁾

Dieser Stelle widerspricht nicht Paul. R. S. I, 9 §. 4, wenn er sagt: *Si minor minori heres existat, heres ex sua persona non ex defuncti in integrum restitui potest*, indem, wie Burchardi S. 404 richtig bemerkt, diese Worte auf den Ablauf der Verjährungszeit zu beziehen sind und nur andeuten sollen, dass dem Erben die Verjährung nicht mit dem vollendeten 29. Jahre des Erblassers eintrete, sondern erst dann, wenn er selbst 29 Jahre alt geworden.

Dass dem Universalfideikommissar nur diejenige Restitution zu gewähren ist, welche aus einer Verletzung des Erblassers hervorging, nicht diejenige, welche der Erbe aus eigener Person etwa hatte, hängt damit zusammen, dass der Universalfideikommissar nicht Universalsuccessor des Erben

⁸⁾ Vgl. nach L. 1 C. de rest. mil. (2, 51). L. 3 §. 30. 31 D. de SCto Sil. (29, 5). L. 12 D. de Carb. ed. (37, 10).

ist⁹⁾. — Dass der *fiscus* bei erblosen Hinterlassenschaften ebenfalls in die Restitutionsbefugniss des Erblassers eintrete, indem derselbe nicht Occupant sondern Universalsuccessor ist, darf nicht bestritten werden. Ob aber bei der Konfiskation von Gütern der *fiscus* dasselbe Recht hat, dies ist zweifelhaft, scheint aber doch, da die Quellen die confiscirten Güter im Allgemeinen den *vacantia* gleichstellen, angenommen werden zu müssen¹⁰⁾. Daraus folgt, dass dem Käufer vakanter oder confiscirter Güter dieselben Rechte, welche der *fiscus* an ihnen hatte, zugestanden werden müssen¹¹⁾.

Eine wichtige Frage ist ferner die, ob der Singularsuccessor die Restitutionsbefugniss des Cedenten geltend machen kann. Insgemein ist dieselbe bejaht worden¹²⁾. Gegen diese Bejahung spricht *per argumentum a contrario* L. 6 pr. D. de in integr. rest., indem darin nur die Erben und nicht die Singularsuccessoren als befugt zur Bitte um Restitution anerkannt werden.

Die für die Bejahung der Frage als Beweis angeführten Stellen¹³⁾ enthalten einen solchen nicht: aus denselben geht nicht mehr hervor, als dass die Cession des Rechts, Restitution zu erbitten, vom Cedenten einer Sache rechtlich erzwungen werden kann. Das Recht, Restitution zu verlangen, kann in gewissen Fällen besonders cedirt werden, was aber nicht aus der Eigenschaft des Cessionars als Singularsuccessor folgt. Es ist dies gerade dasselbe Verhältniss, wie oben gezeigt, als wenn ein Minderjähriger für einen Andern als *negotiorum gestor* aufgetreten, dabei dem *dominus* Schaden gebracht, sich aber keine Restitution gegen diesen Schaden verschafft hat. Auch in diesem Falle nöthigt der *dominus negotii* durch *actio negotiorum gestorum* den *minor* zur Cession der Restitution, welche er aus eigener Macht-

⁹⁾ Burchardi S. 404 f.

¹⁰⁾ §. 5 I. de hered. quae ab int. (3, 1). L. 2 C. ad l. Jul. de vi (9, 12) vgl. mit L. 16 §. 2 D. de indign. (34, 9), L. 2 §. 1 D. de fundo dot. (23, 5).

¹¹⁾ L. 1 C. de hered. vel act. vend. (4, 39), L. 41 D. de I. F. (49, 14).

¹²⁾ So Burchardi S. 406, Savigny S. 217, Vangerow §. 179 Anm. — Dagegen Brinz S. 125 f., Sintenis §. 36 N. 9, Windscheid S. 315 N. 2.

¹³⁾ L. 24 pr. D. de min. L. 25 D. de administr. et per. tut. (26, 7). L. 20 §. 1 D. de tut. (27, 3).

vollkommenheit nicht erbitten kann. Von einer allgemeinen Cession der Restitution ist in diesen Stellen nicht die Rede.

Die Frage, ob ein *fideiussor* auch Restitution erlangen könne, wenn der Hauptschuldner das Recht auf Restitution hat, ist von uns schon oben¹⁴⁾ berührt worden. Dass dort nur die *restitutio minorum* berücksichtigt wurde, erklärt sich daraus, dass in den Fällen des *dolus* und *metus* dem Bürgen die selbständigen Einreden der *exceptio doli* und *metus* zustehen, beim *error* und der *absentia* aber, wenn ersterer nicht die *exc. doli* als Aushilfe hat, keine derartigen Verhältnisse vorkommen können.

§. 48.

Gegen wen geht die Restitution?

Gegen den und dessen Erben, welcher durch die Verletzung unmittelbar gewonnen hat. Man unterscheidet hier zwischen einer *actio in personam* und *in rem*, welche auf Grund der Restitution ertheilt wird, deren genauere Darstellung gleich unten folgen soll. — Dass die Restitution nicht gegen die Eltern und den Patron des Berechtigten gehen soll, ist oben¹⁾ schon dargestellt worden, woselbst ebenfalls die vermeintlichen und wirklichen Ausnahmen von dieser Regel behandelt worden sind²⁾. Im Falle der Berechtigte sowohl als Verpflichtete, beide, Anspruch auf Restitution haben, ist zu unterscheiden, ob beide Theile Nachtheil erfahren haben oder nur einer. Sind beide Theile in Schaden gekommen, so gilt der allgemeine Grundsatz des Römischen Rechts: „*in pari causa melior est conditio possidentis*“³⁾. Ist Eine Seite nur in Nachtheil gerathen, so erhält dieselbe Restitution gegen die andere⁴⁾. Zu bemerken ist noch, dass in den Fällen, wo ein Minderjähriger ein Darlehen an einen *filiusfamilias* gegeben hat, auf der Seite des Letztern die *exceptio SCti Maced.* cessirt⁵⁾. Ebenfalls cessirt

¹⁴⁾ Vgl. oben §. 30.

¹⁾ §. 13, I.

²⁾ Vgl. Savigny S. 224 ff.

³⁾ Vgl. L. 11 §. 6, L. 34 pr. D. de min.

⁴⁾ L. 46 D. ex quib. caus. maiores.

⁵⁾ L. 11 §. 7. L. 34 §. 1 D. de min. L. 3 §. 2 D. de SCto Maced. (14, 6). L. 9 pr. D. de iur. et fact. ign. (22, 6).

das *SC. Velleian.*, wenn ein *minor* in Folge Intercession einer Frau seine Forderung gegen eine dritte Person aufgibt und dieser Schuldner zahlungsunfähig ist: der Minderjährige wird restituirt und die Wirkungen des Senatsschlusses greifen nicht Platz. Ist aber der Schuldner zahlungsfähig, so geht die Klage des *minor* als *restituta* gegen denselben, indem seine durch die Intercession eingetretene Befreiung aufgehoben wird⁶⁾.

Es ist hier noch die Frage zu erörtern, ob die *in integrum restitutio in personam* oder auch *in rem* gehe und wann letzteres statffinde. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, welcher Art das zu rescindirende Rechtsverhältniss gewesen ist. Ist Jemandem durch Zwang eine Sache entzogen worden, so hat er nach prätorischem Rechte den dinglichen Anspruch an dieser Sache nicht verloren, obschon sie nach Civilrecht aufgehört hat, im Eigenthume oder einer dinglichen Berechtigung zu stehen. Demgemäss wird er nunmehr auf Grund der Restitution die entzogene Sache wieder vindiciren können, und da die *rei vindicatio* gegen jeden Besitzer geht, so wird auch diese *utilis rei vindicatio* nicht blos gegen den Zwingenden, sondern auch gegen einen andern Besitzer der Sache gerichtet werden können. Dasselbe Verhältniss wird eintreten, wenn die erfolgte Usukapion durch prätorisches Dekret rescindirt und die untergegangene Eigenthumsklage wiedergewährt wird. Dieselbe geht nicht allein gegen den Usukapienten⁷⁾, sondern auch gegen den dritten Besitzer, an den der Usukapient die Sache veräussert hat⁸⁾, wobei natürlich selbstverständlich Letzterem die Klage auf Eviktion gegen seinen Vorgänger bestehen bleibt. Dasselbe gilt dann, wenn Restitution gegen die Ausschlagung einer Erbschaft oder den Verlust derselben durch die Nichterfüllung einer Bedingung gewährt wird: die verlorenen Erbschaftsklagen erhält der Implorant wieder und kann dieselben als dingliche gegen jeden Besitzer von Erbschaftssachen geltend machen⁹⁾.

Bei obligatorischen Verhältnissen hingegen geht die

⁶⁾ L. 12 D. de min.

⁷⁾ §. 5 I. de act. (4, 6).

⁸⁾ L. 30 §. 1 D. ex quib. causs. maior.

⁹⁾ L. 17 pr. D. ex quib. causs. maior.

Restitution in der Regel *in personam*, weil die wieder-gewährte Klage ebenfalls persönlich ist, und es ist als eine Ausnahme anzuerkennen, wenn sie *in rem*, d. h. gegen dritte Personen geht. Demgemäss ist bei erzwungenen Verträgen — mit Ausnahme der Veräusserung — die Restitution der persönlichen Klage nur gegeben. Dasselbe gilt von allen Arten Obligationen und zu Gunsten der Minderjährigen wird die Restitution auch gegen den dritten Besitzer einer von ihm selbst verkauften Sache zugestanden, dies aber erst dann, wenn dieser dritte Besitzer bekannt war mit der Minderjährigkeit des ursprünglichen Verkäufers oder der Minderjährige wegen Zahlungsunfähigkeit des ersten Käufers gegen diesen nichts ausrichtet. Dies ist der Gedanke von L. 13 §. 1 D. de min., aus denen in früherer Zeit die allgemeine Behauptung entnommen wurde, dass die *restitutio in personam* die Regel und die *in rem* die Ausnahme sei. Die Unrichtigkeit dieser Behauptung ist vorhin dargethan worden: es gibt eine grosse Masse von Rechtsverhältnissen, die nach ihrer Natur ausschliesslich eine *restitutio in rem* zur Folge haben. Diese frühere Regel ist demnach nur für obligatorische Verhältnisse der Minderjährigen anzuerkennen.

V. GERICHTSBEHÖRDEN BEIM RESTITUTIONS- PROZESSE *).

§. 49.

Kompetent zur Ertheilung der Restitution war ursprünglich nur der Prätor und in den Provinzen der Prokonsul und *praeses provinciae*, in späterer Zeit natürlich auch der Kaiser und zwar mit einer die Befugnisse der Prätores überwiegenden Macht¹⁾. Daneben noch der *praefectus urbi* und *praefectus praetorio*²⁾. Keine Befugniß zur Restitution hatten die Municipalmagistrate, weil sie kein *imperium* hatten³⁾, aber auch nicht die Aedilen, obschon sie *imperium* besaßen. Unter den Kaisern erhielten das Recht zur Restitution noch die *procuratores Caesaris* oder *Rationales*⁴⁾, aber nur wenn sich die Parteien freiwillig vor ihnen gleichsam als Schiedsrichtern einliessen. Gewöhnliche Schiedsrichter hatten keine Befugniß zur Restitution. Man hat die Frage aufgeworfen, ob der vom Magistrat ernannte *iudex* auch restituiren dürfe. Die Antwort ist je nach den Voraussetzungen der Ernennung zu bejahen oder zu verneinen. Ist der Richter (*iudex pedaneus*) auch zur Prüfung der für eine Restitution geltend gemachten Gründe, ausdrücklich ernannt, so soll er dieselbe auch ertheilen dürfen, und dasselbe nimmt das Römische

*) Vgl. hierzu Burchardi S. 537 ff. Savigny S. 214 ff.

¹⁾ L. 10. 18. 38 pr. D. de min. L. 1 C. ubi et ap. quem (2, 47).

²⁾ L. 16 §. 5 L. 17 D. de min.

³⁾ L. 26 §. 1 D. ad municip.

⁴⁾ L. 2. 3 C. si adv. fisc. (2, 37).

Recht an, wenn in einem Prozesse *incidenter* Restitution begehrt wird⁵⁾; anders jedoch ist die Sache, wenn der *iudex* für eine gewöhnliche Sache angestellt ist, in derselben soll die etwa vorgebrachte Bitte um Restitution an den Prätor gehen.

Rücksichtlich der Restitution gegen ein rechtskräftiges Urtheil gelten dieselben Grundsätze, wie über die Appellation bei einem nicht rechtskräftig gewordenen Urtheil. Demgemäss soll kein Beamter gegen das Urtheil eines höhern Beamten Restitution ertheilen dürfen, sondern nur gegen dasselbe eines in gleichem oder niedrigerem Range stehenden. Dadurch war Restitution gegen eigene Urtheile nicht ausgeschlossen. Gegen kaiserliche Urtheile oder solche, die von dem *iudex a principe datus* erlassen waren, konnte nur durch die höchste Gewalt selbst restituirt werden⁶⁾.

Der Gerichtsstand, bei dem das Restitutionsgesuch angebracht wird, ist im Allgemeinen das *forum domicilii* des Gegners⁷⁾, daneben wird auch das *forum contractus* zugelassen werden müssen; für die *restitutio in rem* besteht das *forum rei sitae*⁸⁾.

5) L. 3 C. ubi et ap. quem (2, 47) L. 16 §. 5. L. 17 D. de min.

6) L. 18. 42. D. de min. L. 3 C. si adv. rem iud. (2, 27).

7) L. 2 C. ubi et ap. quem (2, 47).

8) L. 3 C. ubi in rem act. (3, 19).

VI. VERFAHREN BEI DER IN INTEGRUM RESTITUTIO.

§. 50.

Omnes in integrum restitutiones, causa cognita a Praetore promittuntur: scilicet ut iustitiam earum caussarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit.

L. 3 D. de in integr. rest.

Also einer jeden Restitution muss eine *causae cognitio* vor dem Prätor vorhergehen, und nur auf sie kann sich die folgende Restitution stützen. Diese erfordert ein kontradiktorisches Verfahren vor dem Prätor, in dem die Beweise geliefert werden müssen für die erfolgte Verletzung, das Vorhandensein einer *iusta causa* und den Kaussalzusammenhang beider¹⁾. Zu diesem Verfahren muss der Implorant den Gegner vorladen, daher auch die Erbschaftsgläubiger, den dritten Besitzer einer von ihnen beanspruchten Sache etc.²⁾. Der Prätor untersucht die vorgebrachten Beweismomente und erwägt ob ordentliche Rechtsmittel nicht passender erscheinen oder der Implorant schon *ipso iure munitus* ist³⁾. Hat der Prätor die *in integr. rest.* zugesichert, so muss der bisherige Rechtszustand nach beiden Seiten hin gleichmässig aufgehoben werden, und nur Minderjährige geniessen einer

¹⁾ Bethmann-Hollweg Civilprozess Bd. I §. 121 S. 755.

²⁾ L. 13 pr. L. 29 §. 2 L. 43 D. de min. L. un. C. si adv. dotem (2, 34) L. 2 C. si adv. fisc. (2, 35).

³⁾ L. 16 pr. §. 3 D. de min.

besondern Berücksichtigung in diesem Falle⁴⁾. In welcher Weise sich die ertheilte Restitution äussere, ist bis heute noch sehr bestritten. Zur Zeit des *ordo iudiciorum* wird die Sache eine andere gewesen sein, als in der spätern Zeit, wo das *extra ordinem ius dicere* in Folge gesetzlicher Vorschriften möglichst an die Stelle des frühern Verfahrens trat. Während früher der Prätor durch die Koncipirung der *formula* den übrigen Theil des Prozesses an den *iudex* abgab, kam es jetzt nicht selten vor, dass der Prätor selbst das Urtheil fällte. Denselben Gang der Verhandlung beobachten wir auch bei der *in integrum restitutio*.

Der die Restitution Implorirende bat den Prätor um eine *cognitio*, der Prätor untersuchte das vorhandene Verhältniss und gewährte demnach die Restitution oder versagte sie. Bei diesen Verhandlungen musste von dem Impetranten der Beweis geliefert werden, dass ihm nach den Gesetzen Restitution gebühre. Dieser Beweis konnte von der Gegenseite bestritten werden, und die Entscheidung musste hierüber der Prätor fällen. Fiel derselbe zu Gunsten des Impetranten aus, so rescindirte der Prätor das bisherige Rechtsverhältniss, erliess ein Dekret und versagte entweder dem Gegner das ihm nach strengem Rechte zustehende Rechtsmittel oder gewährte in demselben eine Klage oder Einrede zur Geltendmachung vor dem *iudex*. Dieses Dekret beruhte auf der Annahme, dass das Ereigniss, welches eine Rechtsänderung in Wirklichkeit herbeigeführt, juristisch unwesentlich und der frühere Zustand derselbe geblieben sei: der *iudex* hatte den Beklagten auf Grund der *formula* gerade so zu verurtheilen, wie wenn jenes Recht dem Kläger *ipso iure* zustand⁵⁾. Erst nach Aufhebung des *ordo iudiciorum* konnte es vorkommen, dass die Sache nicht an den *iudex* abgegeben, sondern vom Prätor die Entscheidung allein gefällt wurde. Dies ist der Sinn der

L. 2 pr. D. quib. ex caus. maiores:

Hoc Edictum, quod ad eos pertinet, qui eo continentur, minus in usu frequentatur: huiusmodi enim personis

⁴⁾ L. un. pr. C. de reput. (2, 48) — L. 27 §. 1 L. 24 §. 4 L. 47 §. 1 D. de min. L. 62 D. de iure dot. (23, 3), L. 32 §. 4 D. de adm. tut. (26, 7).

⁵⁾ Siehe Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 756.

extra ordinem ius dicitur ex Senatusconsultis, et Principalibus Constitutionibus.

Während demnach früher die Entscheidung des Beweises über die erfolgte Läsion und die *iusta causa* nur in den Händen des Prätors war, der faktische Theil derselben aber auf den *iudex* überging, war jetzt nicht selten sowohl die Haupt- als die Nebenfrage in den Händen des Prätors vereint. Wir haben demnach eigentlich nur Eine Art und Weise des Verfahrens anzunehmen, das dem Verfahren bei den ordentlichen Rechtsmitteln parallel läuft, und erst dann eine Aenderung erfährt, als durch Diokletian der ursprünglich allgemein getheilte Prozess in die Hände des Prätors allein gelegt war⁶⁾. Dies ist auch der Gedanke der

L. 13 §. 1 D. de min.:

Interdum autem restitutio et in rem datur minori, id est, adversus rei eius possessorem, licet cum eo non sit contractum, utputa rem a minore emisti et alii vendisti, potest desiderare interdum adversus possessorem restitui, ne rem suam perdat, vel re sua careat, et hoc vel cognitione Praetoria, vel rescissa alienatione, dato in rem iudicio.

Entweder reichte die *cognitio Praetoria* bei der *in integr. rest. propter minorem aetatem* aus, die ganze Sache wurde also *sola cognitione Praetoria* abgemacht, indem der Prätor die Hauptfrage mit der Nebenfrage entschied, oder er gab das Urtheil über letztere an den *iudex*. Hieraus zweierlei Arten des Verfahrens anzunehmen, ist ungerechtfertigt, indem die *in integr. rest.* mit der Koncipirung der *ficticia formula* ihr Ende erreicht hatte und letztere dem ordentlichen Prozesse anheimfällt: die Geltendmachung dieser *ficticia formula* vor dem *iudex* gehört nicht mehr zu der technisch sogenannten *in integr. rest.*, sondern höchstens zu der faktischen, und da die Quellen wie oben schon gezeigt, hierin nicht genau unterscheiden, so finden sich allerdings Anklänge im *corpus iuris* an eine Zweitheilung des Verfahrens.

⁶⁾ Schneider S. 57 ff.

§. 51.

Eine in dieser Materie vielfach bejahte, vielfach geleugnete Behauptung ist die Annahme eines *iudicium rescindens* und *iudicium rescissorium*. Man versteht darunter einerseits die ausschliesslich durch den Prätor durchgeführte Restitution, andererseits die auf Ertheilung der Restitution sich stützende Klage oder Einrede vor dem *iudex*, die erste sei eine unbedingte, die zweite eine bedingte und eventuelle Restitution. Den Beweis für diese Ansicht findet man in der schon citirten

L. 13 §. 1 D. de min.

Einen Anhaltspunkt für diese Zweitheilung gewähren die Quellen dadurch, dass sie an einzelnen Stellen von einer *actio rescissoria* oder *restitutoria* in dieser Materie sprechen*).

Wir haben vorhin gesehen, dass die *in integr. rest.* ausschliesslich auf dem Wege der *extraordinaria cognitio* abgemacht wird, mag nun der Prätor die ganze Sache bis zu Ende in den Händen behalten, mag er durch sein Dekret eine neue *formula* aufstellen und dieselbe dem *iudex* zur Richtschnur anweisen. Wir müssen unterscheiden zwischen der hier zu betrachtenden technisch sogenannten Restitution und das Resultat derselben, die reelle oder faktische Restitution. Die Realisirung der letzten wird in vielen Fällen an den *iudex* abgegeben, die erstere ist vollendet schon durch das prätorische Dekret, welches den frühern Zustand, wenn auch nicht faktisch, doch rechtlich herstellt. Ein Beispiel wird dies klar machen: Es ist Jemand zum Antritt einer Erbschaft gezwungen worden, er erhält gegen diesen Antritt Restitution. Rechtlich hört er dadurch auf Erbe zu sein und befindet sich rechtlich in demselben Zustande, in dem er vor dem Antritt war, nicht aber faktisch, denn aus der Antretung können ihm Verbindlichkeiten erwachsen sein, resp. Anderen gegen ihn. Erst mit Lösung derselben ist die Lage faktisch dieselbe, welche sie vorher war. Uebernimmt nun der Prätor sowohl die rechtliche als

*) L. 28 §. 5. 6 D. ex quib. caus. maior. L. 24 C. de R. V. (3, 32) L. 18 C. de iur postl. (8, 51) L. 3 §. 1 D. de eo per quem (2, 10) L. 46 §. 3 D. de proc. (3, 3) L. 7 §. 3 D. quod falso tut. (27, 6).

die faktische Wiederherstellung *iudicio rescindente*, wie man annimmt, so ist dies kein besonderes Verfahren bei der technisch sogenannten *in integr. rest.*, die schon vollendet ist, wenn der faktische Theil dem *iudex* anheimfällt. Der Beweis hierfür liegt schon in L. 3 D. de in integr. rest., wo gesagt wird, dass die Restitutionen dadurch ertheilt werden, dass die vorgebrachten Gründe als gerechtfertigt betrachtet werden. Das Römische Recht betrachtet als Abschluss der *in integrum restitutio* die Ertheilung der Formel: letztere deutet schon den wiederhergestellten Zustand an und enthält die auf Grund desselben gegen den bisherigen (Zustand) gewährte Klage. Dieselbe ist *perpetua*, ein weiterer Beweis dafür, dass das Verfahren mit der Ertheilung der *formula* seinen Abschluss erreicht hat. Diese Auffassung findet in vielen Stellen des *corpus iuris* ihre Bestätigung, sie erklärt auch die Paulinische Bezeichnung der *in integrum restitutio* als *redintegrandae vel rei vel caussae actio*.

§. 52.

Weiter als gewöhnlich geht noch Schröter S. 108, indem er noch eine dritte Art der Gewährung der Restitution annimmt, nemlich durch bloße *caussae cognitio*, ohne dass es einer *rescissoria actio* oder *extraordinaria cognitio* bedurft hätte. Diese Ansicht ist unrichtig und hat keine Stütze in den Quellen, denn die von Schröter hierfür angeführten Stellen enthalten nicht den zu erbringenden Beweis. In keiner einzigen derselben wird gesagt, dass der Prätor irgend eine Versäumniss restituirt habe, ohne das ganze in Folge derselben eingetretene Rechtsverhältniss zu rescindiren, im Gegentheil muss angenommen werden, da die Quellen die Schröter'sche Ansicht nicht ausdrücklich hervorheben, dass eben vor der wegen einer solchen Versäumung gewährten Restitution das frühere Rechtsverhältniss aufgehoben wurde, und der Implorant die frühern Rechtsmittel wieder gewährt erhielt, um vermittelst derselben die im frühern Prozesse unterlassenen Hülfsmittel nunmehr von Neuem vorzubringen. Die einzige von Schröter citirte Stelle, welche gegen unsere Auffassung sprechen könnte, ist

L. 7 pr. D. de in integr. rest.,

allein auch hier ist keineswegs anzunehmen, dass der Prätor in der von Schröter gedachten Weise vorgegangen ist. Das dort besprochene Verhältniss besteht in der Ertheilung einer *in integr. rest.* gegen ein ergangenes Kontumazialurtheil, welches dadurch herbeigeführt wurde, dass, obschon anwesend, der Beklagte doch nicht den Aufruf seines Namens durch den *praeco* gehört hatte. Trägt nun der Beklagte dem Prätor diesen Umstand vor, sofort nach Beendigung aber vor dem förmlichen Schluss der Sitzung, so soll er Restitution erlangen können. Von einer sofortigen Anwendung derselben, und der Fällung eines neuen Urtheils an die Stelle des Kontumazialspruches ist keine Rede, sondern an eine Wiedergewährung der dem Beklagten dadurch, dass er kein Gehör hatte, entgangenen Rechtsmittel zu denken, indem das Kontumazialurtheil rescindirt wird: vielleicht ist sogar eine eventuelle Restitution — für den Fall der Abwesenheit des Klägers — zu behaupten.

Es bleibt demgemäss bei der von Schneider aufgestellten Behauptung, dass nur Ein Verfahren bei der *in integrum restitutio* anzunehmen ist.

VII. VON DER VERJÄHRUNG DER RESTITUTION.

§. 53.

Die ursprüngliche Frist zur Geltendmachung der Restitution war der *annus utilis*, eine Ausnahme machte die *restitutio propter capitis deminutionem*, deren Klage *perpetua*, insofern sie nicht ihrer besondern Natur nach mittlerweile verjährt war. Die erste Aenderung in diesen Bestimmungen des prätorischen Rechts traf Kaiser Konstantin, in Rücksicht auf die Restitution der Minderjährigen.

L. 2 C. Theod. de in integr. rest. (2, 16).

Der *annus utilis* wurde für die *restitutio minorum* aufgehoben und an dessen Stelle trat ein *tempus continuum* von fünf Jahren für die Stadt Rom und *intra centesimum milliarium*, von 4 Jahren für Italien und von 3 Jahren für das ausseritalische Staatsgebiet. Hinsichtlich der andern *caussae restitutionis* blieb das alte Recht bestehen und, was freilich nicht hierhin gehört, für die *actio doli* wurde der *annus utilis* in ein *biennium continuum* verwandelt*). Erst Justinian traf in dieser Materie weitergehende Aenderungen durch

L. ult. C. de temporibus in integrum restitutionis tam minorum et aliarum personarum quae restitui possunt, quam heredum eorum (2, 53).

Supervacuum differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes, sancimus, et

*) L. un. C. Theod. de dolo (2, 15).

in antiqua Roma, et in hac alma urbe, et in Italia, et in aliis provinciis quadriennium continuum tantummodo numerari, ex die, ex quo annus utilis currebat, et id tempus totius loci esse commune. Ex differentia enim locorum aliquod induci discrimen, satis nobis absurdum visum est. Quod non solum in minorum restitutionibus, quibus utilis annus incipit currere, ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit sed etiam in maiorum hoc idem adhiberi sancimus, ut et hic pro utili anno memorata continuatio temporis observetur ad interponendam contestationem, finiendamque litem.

§. 1. *Et quemadmodum omnis minor aetas excipitur in minorum restitutionibus, ita et in maiorum tempus, in quo reipublicae causa abfuerint, vel aliis legitimis causis, quae veteribus legibus enumeratae sunt, fuerint occupati, omne excipiatur: et non absimilis sit in hac parte minorum et maiorum restitutio.*

In der Auslegung dieses Gesetzes zeigen sich Schwierigkeiten und dieselben sind der Grund hauptsächlich zweierlei Auffassung. Nach der einen Ansicht bezieht sich dasselbe nur auf die *restitutio minorum* und technisch sogenannte *in integrum restitutio maiorum*, nach der andern auf *restitutio minorum* und alle übrigen (natürlich mit Ausnahme der *propter capitis deminutionem*), so dass unter *maiores* alle diejenigen Personen verstanden werden sollen, die aus irgend welcher andern *caussa* als *minor aetas* Anspruch auf Restitution hätten.

Allerdings muss anerkannt werden, dass in §. 1 nur die Rede von der *restitutio minorum* und *maiorum* im technischen Sinne, für welche letztere der Schluss desselben Paragraphen entscheidend ist, gesprochen wird, dass die Worte des *prooemium*: „*Quod non solum in minorum restitutionibus sed etiam in maiorum hoc idem adhiberi sancimus*“ durchaus nicht mit Nothwendigkeit auch auf die andern Restitutionsgründe hinweisen, da der Plural auch sehr leicht von den einzelnen Fällen verstanden werden kann, in denen die technische *in integr. rest. maiorum* und die *minorum* Platz greift. Es muss zugegeben werden, dass die Wortinterpretation ganz bestimmt zu Gunsten derjenigen spricht, welche

alle andern Restitutionsgründe von diesem Gesetz ausgeschlossen wissen wollen.

Berücksichtigen wir aber die Tendenz des Justinianischen Gesetzes, die sich nicht nur in der Ueberschrift dieses Titels zeigt, sondern auch in den Einleitungsworten desselben: „*Supervacuum differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra re publica separantes, sancimus*“, so müssen wir zu dem Schlusse kommen, dass auch die andern Restitutionsgründe unter diese *constitutio* fallen. Der Werth dieses Schlusses darf aber keineswegs abgeschwächt werden durch die Erwägung, dass in den übrigen Gesetzen dieses Titels nur von der *restitutio minorum* gesprochen wird, dass §. 1 von der *absentia* und der *rest. ex gen. claus.* handelt und demgemäss unter den *aliae personae* der Rubrik nur *maiores absentes* verstanden würden. Freilich ist von einer *restitutio propter metum, dolum, errorem* in dem ganzen Titel ausdrücklich keine Silbe gesagt: allein, da Justinian den *annus utilis* für die *in integrum restitutio* aufzuheben bestimmt, so hätte er, falls für die Restitutionen aus den andern Gründen die alten Bestimmungen geblieben wären, dies hervorheben müssen, entweder an dieser Stelle oder einer andern des *corpus iuris*. Eine Nichthervorhebung wäre nur dann erklärlich, wenn die *in integrum restitutio* zur Justinian's Zeit sich nur auf die Fälle der *minor* und *maior aetas* bezogen hätte. Da dem aber nicht so ist, so sind wir genöthigt anzunehmen, dass unsere Stelle auf alle Restitutionsgründe, mit Ausnahme eines einzigen Anwendung finde. Justinian ging von den als unzweckmässig erkannten Fristen des konstantinischen Gesetzes aus und traf für die *restitutio minorum* zunächst andere Bestimmungen, dabei bezweckte er aber auch die Aufhebung des *annus utilis* und verstand unter der *restitutio maiorum* auch die Fälle des *metus, dolus* und *error*, in konsequenterer Unterscheidung als diese vorher gewesen. Der Kaiser konnte dies umsomehr, als die andern Restitutionsgründe eine viel geringere Wichtigkeit im Rechte hatten. Diese Auffassung zwingt uns denn auch unter den *maiorum (restitutionibus)* des *principium* die übrigen Restitutionsgründe mit einzubegreifen und in den übrigen *leges* dieses Titels keinen Widerspruch hiergegen zu sehen.

Die von Unterholzner, Verjährungslehre §. 151 N. 525 aufgestellte Ansicht, dass aus dem Grunde *metus*, *dolus*, *capitis deminutio* und *error* in L. ult. cit. übergegangen seien, weil die beiden erstern, wie Savigny nachgewiesen, durch die ordentlichen Rechtsmittel verdrängt worden, die *restitutio propter capitis deminutionem* an die Frist des *annus utilis* nicht gebunden und die *restitutio propter errorem* überhaupt nur aus besondern Gründen zugelassen worden, vermögen wir hinsichtlich des *metus*, *dolus* und *error*, wie in der Lehre über diese Restitutionsgründe näher ausgeführt, nicht zu theilen und erkennen ihre Richtigkeit nur für die *capitis deminutio* an.

Eine besondere Ansicht hat auf Grund dieses Gesetzes Burchardi über die *capitis deminutio*. Die Bitte um diese Restitution soll ihm nicht mehr *perpetua* sein, sondern ebenfalls durch ein *quadriennium* verjähren. Da die Quellen uns für diese Annahme keinen positiven Beweis liefern, so müssen wir eine derartige Veränderung der bisherigen Bestimmungen als unbegründet erklären und vor wie nach für die *restitutio propter capitis deminutionem* im Vergleich zu den andern Restitutionsgründen eine Ausnahmestellung behaupten.

§. 54.

Rücksichtlich des Anfangspunktes der Verjährung soll nach L. ult. C. derselbe gerade so berechnet werden, wie beim *annus utilis*, „*ex die, ex quo annus utilis currebat*“. Man hat dies so aufgefasst, als ob der Anfangspunkt derselben erst mit der Kenntnissnahme der Verletzung beginne. Diese Ansicht ist unrichtig.

1) Die Verjährung bei der *restitutio minorum* beginnt mit dem Tage, *ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit*, d. h. mit dem vollendeten fünfundzwanzigsten Lebensjahre. Hat die Minderjährigkeit durch Volljährigkeitserklärung ihr Ende gefunden, so kommt es auf den Zeitpunkt an, wo dieselbe Seitens des Gerichts erfolgt ist, jedoch mit der Modifikation, dass die Verjährungsfrist vor dem vollendeten fünfundzwanzigsten Jahre keinesfalls abläuft, also hier länger

als vier Jahre dauern kann¹⁾. — Stirbt der Minderjährige vor erlangter Volljährigkeit, so kommt es auf den Erben betreffs der Verjährung an. Dieselbe beginnt sowohl bei dem grossjährigen als minderjährigen Erben mit dem Erbschaftsantritte oder der Erlangung der *bonorum possessio* und läuft bei ersterem noch vier Jahre, bei letzterem bis zum vollendeten neunundzwanzigsten Jahre, ohne Rücksicht darauf, ob der jüngere Erblasser noch eine grössere Frist zur Geltendmachung der Restitution gehabt hat, als sein minderjähriger Erbe. Ist aber ein Minderjähriger Erbe eines Grossjährigen geworden und letzterem schon ein Theil der Restitutionsfrist verlaufen, so erhält jener nach vollendetem fünfundzwanzigsten Jahre nur den Rest, welcher beim Tode seines Rechtsvorgängers noch nicht abgelaufen war, gerade wie der grossjährige Erbe.

L. 19 D. de min.

L. 5 §. 1. 2. 3 C. de temp. in integr. rest. (2, 53)²⁾.

Dasselbe lässt sich nicht annehmen für die Restitution der Stadtgemeinden. Für diese muss natürlich der Anfangspunkt der Verjährung mit dem Tage der Verletzung beginnen.

2) Die Verjährung bei der *restitutio maiorum* beginnt mit dem Tage der *praesentia*, also wo das Hinderniss der Rechtsverfolgung aufhört³⁾.

3) Hinsichtlich des Anfangs der Verjährungszeit bei der *restitutio propter metum, dolum* und *errorem* stehen sich zwei Ansichten entgegen: die Einen wollen dieselbe beginnen lassen mit dem Aufhören des die Restitution begründenden Zustandes, die Andern mit dem Moment der geschehenen Läsion. Wenn man für erstere Behauptung eine Analogie herbeigezogen hat zwischen dem Anfange der Verjährung bei der *restitutio minorum* und *maiorum*, so erscheint uns dieselbe unzulässig, im Gegentheil möchte vielmehr für die *restitutio propter dolum, metum* und *errorem* eine Analogie

¹⁾ In einem Falle ist die Bitte um Restitution noch zulässig bis zum vollendeten zweiunddreissigsten Jahre. Vgl. Göschen S. 555 und L. ult. C. de repud. vel abstin. hered. (6, 31).

²⁾ Vgl. Unterholzner §. 154.

³⁾ L. 1 §. 1 D. ex quib. caus. maior. — L. ult. §. 1 C. de temp. (2, 53).

mit der *actio doli* zutreffend sein. Für diese fing die Verjährung auch ursprünglich nicht erst mit der erlangten Kunde an, sondern mit der geschehenen Verletzung und die Behauptung, dass dies früher nicht der Fall gewesen⁴⁾, sondern erst durch Konstantin in L. 8 C. de dolo malo (2, 21) eingeführt worden, ist unrichtig. Denn die Worte: „*non ex eo die, quo se quisque admissum dolum didicisse commemoraverit, — sed potius ex eo die, quo asseritur commissus dolus*“ beweisen dies nicht, sondern thun höchstens dar, dass vor Konstantin ein Zweifel in dieser Beziehung existirt hat. Wir müssen in ähnlicher Weise den Anfangspunkt der *in integr. rest. propter dolum* bestimmen, da kein Grund abzusehen ist, warum bei derselben eine andere Fristberechnung stattfinden soll. Die Vangerow'sche Ansicht, dass erst bei dem nunmehrigen *tempus continuum* die Verjährung, im Gegensatz zu früher, von dem Momente der Läsion an beginnt, liegt nicht im Wesen des *tempus continuum*, denn es gab auch kontinuierliche Fristen, deren Anfang mit der erlangten Kenntniss erst zu laufen anfang⁵⁾. Mag aber auch Vangerow Recht in diesem Punkte haben, sein Resultat ist das unsrige, dass nemlich bei diesen Restitutionsgründen die Verjährung von dem Momente der geschehenen Verletzung zu laufen beginnt, und nur bei der *restitutio minorum* und *maiorum* existirt eine der Sache entsprechende Ausnahme. Die Folge hiervon ist, dass die Worte Justinian's: *quadriennium continuum numerari ex eo die, ex quo annus utilis currebat*, dahin nicht interpretirt werden dürfen, dass ein Nichtwissen der Verletzung den Anfangspunkt der Verjährung hinausschieben soll. Justinian selbst bestimmt dies für die *in integr. rest. propter minorem aetatem* ausdrücklich, und für die übrigen Restitutionen gelten die eben dargestellten Grundsätze. Für die Savigny'sche Ansicht (S. 250), dass bei Betrug und Irrthum „der Verletzte müsse aufgehört haben, unter der Herrschaft jenes mangelhaften Bewusstseins zu stehen“, spricht keine einzige Quellenstelle, vielmehr gegen dieselbe die Erwägung, dass durch jene Bestimmung das ausserordentliche Rechtsmittel der Restitution

4) Vangerow §. 180 Anm. 2.

5) Böcking, Institutionen S. 447.

jedenfalls über Gebühr ausgedehnt würde, wenn nach langer Frist seit erlittener Verletzung auf Grund der Unbekanntheit mit derselben *in integrum restitutio* begehrt werden dürfte.

§. 55.

Die Verjährung der Restitution wird entweder dadurch unterbrochen, dass der Zustand, welcher die Wiederherstellung veranlasst hat, vor dem Ablauf der Verjährungsfrist von Neuem wieder eintritt, oder dadurch, dass der Verletzte die Bitte um Restitution wirklich innerhalb derselben vorbringt. Für letztere gelten nicht die Bestimmungen über Klageverjährung, denen zufolge schon die der Anstellung der Klage entsprechende Bitte um Restitution die Verjährung unterbrechen würde, sondern Justinian verfügt, dass innerhalb der gesetzlichen Frist der Restitutionsprozess auch durchgeführt werden müsse, wenn nicht der Anspruch dieses Rechtsmittels verloren sein sollte¹⁾.

Von einem Wiedereintritt der Minderjährigkeit innerhalb der Restitutionsfrist kann nur selten²⁾ die Rede sein, also ist eine Unterbrechung der Verjährung bei derselben im Allgemeinen undenkbar, wohl aber bei der Abwesenheit. Die Stellen des *corpus iuris*, die für diesen Fall eine Entscheidung treffen, sind:

L. 28 §. 3 D. ex quib. causis:

Si quis saepius reipublicae causa afuit, ex novissimo reditu tempus restitutionis esse ei computandum, Labeo putat. Sed si omnes quidem absentiae annum colligant, singulae minus anno: utrum annum ei damus ad restitutionem; an vero tantum temporis, quantum novissima eius absentia occupavit, videndum: et puto, annum dandum.

und L. 7 §. 1 C. de temp.

Diese beiden Stellen widersprechen sich und es tritt deshalb die Frage an uns heran, welchem der beiden Gesetze der Vorzug zu geben ist. Dieser Zweifel kann nicht lange dauern, denn die Codexstelle ist die allein maass-

¹⁾ L. ult. pr. C. de temp. (2, 53)

²⁾ Nemlich nur dann, wenn gegen ertheilte *venia aetatis* restituirt worden ist.

gebende, ihre Tendenz ist die eines generellen die frühern Bestimmungen umändernden Gesetzes, und wir müssen durch sie die L. 28 §. 3 als ausser Kraft gesetzt betrachten. Die frühern Vorschriften hingen mit dem *annus utilis* zusammen, die spätern mit der Aufhebung derselben und seiner Ersetzung durch ein *tempus continuum*. L. 28 §. 3 äussert eine mildere³⁾ Ansicht, L. 7 §. 1 C. eine strengere. Zur Zeit Ulpian's schon war die Frage aufgetaucht, wie die Berechnung stattzufinden habe, ob man *ex novissimo reditu* noch ein neues Jahr zur Bitte um Restitution geben solle, oder ob man, wenn die Summe der Abwesenheiten höchstens 1 Jahr schon ausgemacht, nur die Frist der letztern Abwesenheit wiedergestatten soll. Ulpian entscheidet sich, mit Berufung auf Labeo, der denselben Grundsatz für Abwesenheiten, die weniger als ein Jahr ausmachen, aufgestellt zu haben scheint⁴⁾ für die Bejahung der ersten Alternative. Diese Berechnungsweise verliess die spätere Gesetzgebung und bestimmte, dass die einzelnen Anwesenheiten zusammengerechnet werden sollen, so dass, falls dieselben zusammen vier Jahre ausmachen, die Verjährung erfolgt sei. Diese Bestimmung erscheint als hart, nichtsdestoweniger ist sie nach erfolgter Einführung des *quadriennium continuum* völlig zweckmässig, da die frühere Berechnungsweise jetzt zu ungebührlicher Anwendung dieses ausserordentlichen Rechtsmittels geführt haben würde. In Rücksicht hierauf ist Unterholzner in vollem Rechte, wenn er sich für die Vorschrift des Codex ausspricht. Savigny S. 252 billigt die Bestimmung der L. 28 §. 3, seine auf Cujaz gegründete⁵⁾ Auslegung der Worte ist nicht so sehr sprachlich unzulässig, als vielmehr fern liegend, muss aber durch die von ihm nicht berücksichtigte L. ult. §. 1 Cod. cit. als aufgehoben betrachtet werden.

Schon vorher ist erwähnt worden, dass die Bitte um Restitution innerhalb eines *quadriennium* angestellt und der Restitutionsprozess beendet sein muss. Diese gesetzliche Bestimmung bezieht sich nur auf die Restitution, d. h. auf

³⁾ Unterholzner, Verjährungslehre §. 154, Note.

⁴⁾ Dies geht meines Erachtens hervor aus der Gegenüberstellung des mit „*Sed si*“ einleitenden Satzes.

⁵⁾ Cuiacii, observationes XIX, 15.

diejenige Art des Verfahrens, was die Andern unter *iudicium rescissorium* verstehen. Die auf Grund des prätorischen Dekrets wiedergewährten Klagen unterliegen dieser Verjährung nicht, denn ihre Verjährung beginnt erst mit der Ertheilung des Dekrets, die wiedergewährte Klage unterliegt der gewöhnlichen Verjährung.

VIII. WIRKUNG DER ERTHEILTEN RESTITUTION*).

§. 56.

Der Name „*in integrum restitutio*“ bezeichnet schon die Wirkungen dieses Rechtsmittels im Allgemeinen, nemlich die Wiederherstellung des frühern Zustandes. Diese Wiederherstellung besteht in der Aufhebung des bisherigen Rechtsverhältnisses und Gewährung von Rechtsmitteln zur faktischen Erlangung des frühern Zustandes. In welcher Weise diese faktische Wiedererlangung vor sich gehen soll, das hängt von dem jedesmaligen Verhältnisse ab und ist dem Prätor überlassen, der darüber in seinem Dekret die nöthige Anweisung gibt. Zuweilen bringt er die Sache selbst zu Ende, so dass das Resultat seines Urtheils auch die faktische Wiederherstellung ist. Dies gehört aber nicht mehr zur eigentlichen Restitution. In den meisten Fällen ertheilte der Prätor in seinem Dekret auf Grund der Rescission des bisherigen Verhältnisses eine *utilis* oder *ficticia actio*, zur Geltendmachung vor dem Prätor und zur Wiedererlangung des faktischen Zustandes, oft aber besteht seine Restitution auch in der *denegatio iudicii*¹⁾ für den Gegner des Restituirten oder Einfügung einer *exceptio*²⁾ in dessen Klage. Hat Jemand gegen den Antritt einer Erbschaft Restitution

*) § Vgl. Savigny S. 264 ff.

¹⁾ L. 27 §. 1 D. de min.

²⁾ L. 28 §. 5 D. ex quib. c. maior. — Auch zuweilen eine *replicatio*, wenn die Verpflichtung nach strengem Recht eine *exceptio* begründet. L. 9 §. 2 D. de iureiur. (12, 2) L. 2 C. si adv. transact. (2, 32).

erhalten, so ist zu unterscheiden, ob er an die Erbschaftsgläubiger aus seinem Vermögen schon gezahlt hat oder nicht. Im ersten Falle wird ihm der Prätor eine Klage zur Wiedererlangung des Gezahlten geben, im zweiten Falle wird der Prätor die *actio* der Gläubiger denegiren und ihnen dieselbe als *utilis* oder *ficticia* gegen den geben, welcher nunmehr als Erbe betrachtet werden muss³⁾. — Ist beiderseits eine Leistung auf Grund des bisherigen Rechtsverhältnisses geschehen, so ist die Folge der *in integrum restitutio* die beiderseitige Zurückgewährung dessen, was die streitenden Theile geleistet hatten. Ist die Sache, welche zurückgegeben werden soll, zu Grunde gegangen, so ist entweder eine nur unvollständige Wiedereinsetzung möglich oder es treten Aequivalente an deren Stelle⁴⁾. Bei Minderjährigen wird eine Ausnahme gemacht: diese haben nur insoweit zurückzuleisten, als sie nicht durch ihre *inconsulta facilitas* verloren haben, also *quanto locupletiores sunt*. Die Ausführung der ertheilten Restitution ist ein Recht des Imploranten und er kann demselben entsagen⁵⁾; der Implorat kann das weitere Verfahren aber nicht erzwingen⁶⁾. In gewissen Fällen aber soll der Implorant, theilweise zur Strafe, nicht die volle Wiederherstellung erhalten:

1) Wenn Jemand durch den *dolus* des Gläubigers bewogen worden ist, Bürgschaft für einen Schuldner zu leisten und nun diese accessorische Verpflichtung durch Restitution aufgehoben wird, so haftet der etwaige Mitbürge nicht für die Gesamtschuld, sondern er behält das *beneficium divisionis*, und der Gläubiger verliert den Anspruch gegen den vermittelt *dolus* zur Bürgschaft Veranlassten. War der Bürge in dieser Weise durch Intercession an Stelle des Schuldners getreten, und erhält er gegen dieselbe Restitution, so verliert der Gläubiger auch den Anspruch wider den durch Intercession befreiten Schuldner⁷⁾.

3) L. 21 §. 5 D. q. m. c. L. 7 §. 5. 10 D. de min. L. 30 §. 11 D. de fid. lib. (40, 5).

4) L. 62 D. de I. D. (23, 3).

5) L. 20 i. f. L. 21 L. 30 D. de min.

6) L. 41 D. de min. L. 2 §. 10 D. ad SC. Treb. (38, 17).

7) L. 48 §. 1 D. de fideiuss. (46, 1).

2) Hat Jemand durch Missbrauch seiner Amtsgewalt für sich oder im Namen seiner Gattin oder eines Freundes einen Kauf erzwungen, so soll er bei der Restitution Nichts wiedererhalten⁸⁾.

3) Für diejenigen Gläubiger, die noch Nichts aus einer Erbschaftsmasse erhalten haben, während Andere daraus befriedigt worden sind, soll, wenn ein Erbe sich gegen den Antritt hat restituiren lassen, nicht der ungeschmälerte Anspruch auf gleiche Befriedigung wiedergewährt werden, mit eventueller Verkürzung der schon zufriedengestellten Gläubiger, sondern sie können sich an die übrigen Miterben nur nach Maassgabe ihrer Erbtheile halten, wenn dieselbe nicht die vakant gewordene Erbportion auszuschlagen vorziehen sollten⁹⁾.

Im Allgemeinen soll aber auf Rechte dritter Personen die Restitution keinen Einfluss äussern. Anwendungen von diesem Satze enthalten die Quellen manche:

1) Ist dem Gegner eines Restituirten die Leistung von Verbindlichkeiten an Andere eben in Folge der Restitution unmöglich geworden, so wird er dem Andern gegenüber doch nicht liberirt, sondern muss, da er die betreffende Sache nicht *in natura* gewähren kann, jenen Dritten entschädigen¹⁰⁾.

2) Ebenso bleibt der Dritte in Besitz der Sache, wenn sein Rechtsvorgänger in Folge der Restitution dieselbe eigentlich an seinen Gegner zurückgeben müsste; der Restituirte ist nicht berechtigt, dieselbe dem jetzigen Besitzer wieder abzuverlangen, sondern muss seinen Gegner für die Unmöglichkeit der Leistung *in natura* anderswie entschädigen¹¹⁾.

3) Wird Jemand gegen Antretung einer Erbschaft restituirt, so bleibt das Verhältniss der Miterben zur Erbschaft dasselbe, wie es vor der Restitution war, und ebenso bleibt das Verhältniss des Restituirten dasselbe gegen die

⁸⁾ L. 11 C. de his quae vi.

⁹⁾ L. 31 D. de min., vgl. mit L. 55. 61 D. de adq. hered. (29, 2).

¹⁰⁾ L. 78 §. 1 D. de leg. II.

¹¹⁾ L. 62 D. de iure dot. (23, 3).

bei der Restitution unberücksichtigt gebliebenen Erbschaftsgläubiger¹²⁾, welches es vor der Restitution gewesen war.

4) Ist einer von mehreren Mitbürgen restituirt worden, so haften die übrigen noch immer: *in solidum*, wenn eine Solidarbürgschaft vorliegt, auf ihren Theil, mit dem *beneficium divisionis*, wenn dies nicht der Fall ist¹³⁾.

5) Die bei der Restitution gegen die Ausschlagung einer Erbschaft inzwischen mit derselben auf gehörige Weise vorgenommenen Aenderungen werden nicht zum Nachtheil Dritter aufgehoben¹⁴⁾.

Von diesen Grundsätzen kennt das Römische Recht einige Ausnahmen:

a) Zuweilen kommt die Restitution der Minderjährigen auch den Bürgen derselben zu Gute¹⁵⁾.

b) In vielen Fällen wirkt die dem *filiusfamilias* in Rücksicht des *peculium* ertheilte Restitution mittelbar auch zu Gunsten des Vaters¹⁶⁾.

c) Hat der Vater aus einem Rechtsgeschäft des Sohnes Erwerbungen gemacht, und ist gegen den Sohn Wiedereinsetzung erfolgt, so wirkt dieselbe auch gegen den Vater insoweit, als er das Erworbene aus dem *peculium* des Sohnes zurückgeben muss¹⁷⁾.

d) Ist ein Obligationsverhältniss durch privative Intercession aufgehoben und gegen letztere Restitution gegeben worden, so tritt die Obligation gegen den ursprünglichen Schuldner wieder in's Leben¹⁸⁾.

e) Ebenso tritt eine Pupillarsubstitution wieder in Kraft, wenn das ihr zu Grunde liegende Testament durch Ausschlagung der Erbschaft destituirt und gegen diese Ausschlagung Wiedereinsetzung erlangt worden ist¹⁹⁾.

¹²⁾ L. 61. §. 5. D. de adq. hered. L. 2 §. 3 D. de vulg. et pup. subst. (28, 6). L. 3 C. de testam. manum. (7, 2). L. 22 pr. D. de min. — L. 29 §. 2 D. de min.

¹³⁾ L. 48 §. 1 D. de fideiuss. (46, 1).

¹⁴⁾ L. 22 i. f. D. de min. §. 5. I. de eo, cui (3, 11).

¹⁵⁾ Vgl. oben §. 30.

¹⁶⁾ L. 3 §. 4 D. de min.

¹⁷⁾ L. 24 §. 2 D. de min.

¹⁸⁾ L. 27 §. 3 L. 50 D. de min. L. un. §. 1 C. de reput. (2, 48).

¹⁹⁾ L. 2 §. 3 de vulg. et pup. subst. (28, 6).

f) Ist gegen die Aufgabe eines Rechts Wiedereinsetzung erfolgt, so treten damit auch wieder etwaige Verpflichtungen der Bürgen, Korrealschuldner und Verpfänder in Kraft²⁰⁾.

g) Bei untheilbaren Rechten wirkt die von Einem erlangte Restitution auch zu Gunsten der übrigen²¹⁾.

h) Bei der *restitutio in rem* ist der bisherige Besitzer von seinem Gewährsmann Eviktion zu verlangen, berechtigt²²⁾.

²⁰⁾ L. 27 §. 2 L. 50 D. de min.

²¹⁾ Vgl. Sintenis S. 396 N. 168).

²²⁾ L. 15 pr. D. de min. L. 39 pr. D. de evict. (21, 2).

1872

1872

1872

1872

1872

1872

1872

1872

1872

1872

1872

1872

1872

1872

1872

1872

1872

1872

1872

1872

1872

1872

1872

1872

1872

1872

1872



Beiträge zur Erläuterung des Preussischen Rechts, des Handels- und Wechselrechts durch Theorie und Praxis. Unter Mitwirkung mehrerer praktischer Juristen herausgegeben von Dr. J. A. Gruchot, Appellationsgerichts-Rath in Hamm. XIV. Jahrgang. 1870. (XXIV u. 944 S.) Preis 4 Thlr. — XV. Jahrgang. 1871. (XX u. 944 S.) Preis 4 Thlr.

Gruchot. — Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld nach heutigem Deutschen Rechte dargestellt von Dr. J. A. Gruchot, Appellationsgerichts-Rath in Hamm. 1871. (XI. u. 274 S. gr. 8.) Preis 1 $\frac{1}{2}$ Thlr.

Koch. — Allgemeines Berggesetz für die Preuss. Staaten nebst Motiven und Landtagsverhandlungen, sowie den dazu erlassenen ergänzenden Bestimmungen mit Kommentar, herausgegeben von Dr. C. F. Koch. 1871. (VIII u. 508 S. gr. 8.) Preis 2 Thlr. 12 Sgr.

Kurlbaum. — Kritische Bemerkungen zu dem „Entwurf eines Gesetzes über das Vormundchaftswesen nebst Erläuterungen, ausgearbeitet im Königl. Justiz-Ministerium.“ Mit einem amendirten Entwurfe von K. Kurlbaum, Appellationsgerichts-Rath. 1870. (66 S. gr. 8.) Preis 12 Sgr.

v. Salpius. — Die Ergänzungen der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung und des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches im Gebiete des Norddeutschen Bundes durch Bundes- und Landesgesetze. Unter Berücksichtigung der Süddeutschen Einführungsgesetze geordnet von F. v. Salpius, Stadtrichter. 1870. (VIII u. 248 S. gr. 8.) Preis 1 $\frac{1}{3}$ Thlr.

Ueber den Entwurf einer Prozess-Ordnung für den Norddeutschen Bund. Von einem altländischen Juristen. 1870. (50 S. gr. 8.) Preis 10 Sgr.

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, in besonderer Beziehung auf das Preussische Recht mit Einschluss des Handels- und Wechselrechts, herausgegeben von Dr. J. A. Gruchot, Appellationsgerichts-Rath in Hamm. Neue Folge. Erster Jahrgang. (Der ganzen Reihe XVI. Jahrgang.) In 6 Heften, zus. 60 Bogen. Preis 4 Thlr.

Ebmeier. — Die Preussische Strafprozess-Ordnung vom 25. Juni 1867, unter Berücksichtigung der neueren Gesetzgebung und Rechtsprechung mit ergänzenden, erläuternden und kritischen Anmerkungen herausgegeben von Ebmeier, Obergerichtsrath in Göttingen. 1872. Preis 1 $\frac{5}{6}$ Thlr.

—— **Beweisurtheil oder Beweisverfügung?** Ein Votum zu dem Entwurf des deutschen Civilprozesses von Ebmeier, Obergerichtsrath in Göttingen. 1872. Preis 4 Sgr.

Johow. — Jahrbuch für endgültige Entscheidungen der Preussischen Appellations-Gerichte, redigirt u. herausgegeben v. Reinhold Johow, Ober-Tribunals-Rath. 1872. Erster Band. 1 $\frac{1}{3}$ Thlr.

Wilmanns. — Zur Reform der Deutschen Banken von C. Wilmanns, Mitglied des Deutschen Reichstages. 1872. Preis 12 Sgr.

Unter der Presse:

Bahlmann. — Das Preussische Grundbuchrecht. Kommentar zu den Gesetzen vom 5. Mai 1872, herausgegeben von W. Bahlmann, Königl. Kreisgerichts-Director und Mitglied des Hauses der Abgeordneten. Preis ca. 1 $\frac{1}{2}$ Thlr.

Spaltenstein, Michael

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ein römischrechtlicher Versuch

Berlin 1873

J.rom.m. 473 g

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11159645-5